REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

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

AÑO XLIV TOMO CXVII

SEGUNDO SEMESTRE 1989

NUMEROS 501 - 502

VOLUMEN II

RELATORES:

Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH

Dra. MARGARITA HERNANDEZ DE ALBARRACIN

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

AÑO XLIV TOMO CXVII

NUMEROS 501 - 502

SEGUNDO SEMESTRE DE 1989

VOLUMEN II

RELATORES:

Dr. Danilo Rojas Betancourth

Dra. Margarita Hernández de Albarracín

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA
INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "INPEC" — IMPRENTA PENICENTRAL

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

SEGUNDO 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.

Dra. Consuelo Sarria Olcos
Dr. Jaime Abella Zárate
Dr. José Ignacio Narváez García
Hasta el 6 de marzo lo reemplazó el Doctor Guillermo Chahín Lizcano.
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
Dr. Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Jaime Paredes Tamayo Presidente.
Dr. Humberto Mora Osejo
Dr. Jaime Betancur Cuartas
Dr. Javier Henao Hidrón
Reemplazado por licencia. Por el Doctor Hernán Cardozo Durán, en interinidad desde el 3 de mayo hasta el 8 de octubre.

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.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO II

ACTOS DEL CONCEJO DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Base gravable / DOBLE TRIBUTACION / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / ACTIVIDAD COMERCIAL

Ejerciendo un sujeto en un municipio la actividad industrial (producción), ésta continúa siéndolo cuando en el mismo municipio distribuye o vende sus productos, en razón de la salvedad que a la definición de actividad hace en la parte final el artículo 35 de la Ley 14 de 1983.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO / ACTO ADMINISTRATIVO SUSPENDIDO - Nulidad / IMPUESTO A LOS CIGARRILLOS

La circunstancia de que el artículo 76 de la Ley 14 de 1983 no fuere incluida en el Estatuto de Régimen Municipal —Decreto 1333 de 1986— y concretamente en el artículo relativo al impuesto de industria y comercio, no significa en manera alguna su derogatoria, inexistencia o inaplicabilidad por parte del Distrito Especial.

Teniendo en cuenta que subsistía la prohibición cuando el Concejo Distrital de Bogotá reprodujo el acto suspendido por la jurisdicción contenciosa, cabría mantener la suspensión provisional de aquéllos; pero como a la fecha está vigente el artículo 34 del Decreto 2304 de 1989, norma que sustituyó el artículo 158 del C. C. A. y a cambio de mantener indefinidamente la suspensión provisional dispone resolver sobre la nulidad de tales actos, la Sala así procederá.

CONFIRMA LA NULIDAD del artículo 21 Código 107 del Acuerdo 21 de 1983, proferida por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá; la del parágrafo 1º del artículo 24 ibídem.

DECLARA LA NULIDAD del parágrafo 3º del artículo 24 ibídem.

DECLARA LA NULIDAD de los Acuerdos 15 y 18 de 1987 proferidos por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en cuanto reprodujeron la orden de gravar con impuesto de industria y comercio a la "fabricación de cigarrillos de tabaco", a la tarifa industrial del 7 por mil en el Código 103 del artículo 3º del Acuerdo 15 y en el Código 105 del artículo 37 del Acuerdo 18 de 1987.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2222. Actor: Pablo Cárdenas Pérez contra Distrito Especial de Bogotá. Asuntos municipales. Fallo.

Procede la Sección a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de julio 9 de 1988, que recayó sobre la demanda formulada por el doctor Pablo Cárdenas Pérez en acción pública de nulidad, contra las siguientes disposiciones del Acuerdo 21 de 1983:

El artículo 21 Código 107, en cuanto incluyó los cigarrillos de tabaco y,

El artículo 24, parágrafos 1º y 3º.

En esta instancia se decretó la suspensión provisional de los Acuerdos números 15, de diciembre 4 y 18 de diciembre 9 de 1987, que reprodujeron la disposición del artículo 21, Código 107 del acuerdo en mención, suspendida igualmente en la primera mediante providencia que fue confirmada por esta Corporación. De acuerdo con el artículo 158 del Decreto 01 de 1984, habrá de resolverse sobre el mantenimiento de dicha suspensión.

La sentencia recurrida:

En ella el tribunal decidió:

1º Decretar la nulidad de las siguientes disposiciones:

a) "Artículo 21 Código 107 Actividad: Fabricación de productos derivados del tabaco. Tarifa 7% del Acuerdo 21 de 1983, en cuanto incluye los cigarrillos de tabaco;

b) "Parágrafo 1º del artículo 24 del Acuerdo 21 de 1983".

2º Negó la anulación del parágrafo 3º del artículo 24 del Acuerdo 21 de 1983.

Sobre los argumentos de las partes analizados en el fallo, consideró el tribunal que:

1º El artículo 21 Código 107 del Acuerdo 21 de 1983, al someter la fabricación de cigarrillos de tabaco al impuesto de industria y comercio transgredió el artículo 76 de la Ley 14 de 1983 que prohibió el establecimiento de gravámenes adicionales al de consumo de cigarrillos que reguló en su artículo 73. Dice la sentencia:

> "En efecto, la prohibición consagrada en el citado artículo 76, está referida a la imposición de gravámenes adicionales, distintos al de consumo consagrado en la Ley 14, a la fabricación de cigarrillos. Si en la norma que se dice violadora se grava con el impuesto de industria y comercio la actividad: Fabricación de productos derivados del tabaco, del cual, sin lugar a dudas es el cigarrillo, forzoso es concluir que el acuerdo transgrede la ley.
>
> "Que el hecho imponible, la base gravable y el sujeto sobre el cual recae la obligación de sufragarlo sean diferentes en uno y otro impuesto, antes que oponerse a la transgresión, la confirman, pues este hecho está ratificando la existencia de un impuesto diferente al de consumo establecido en la Ley 14".

2º La declaratoria de nulidad del parágrafo 1º del artículo 24 del acuerdo impugnado en la demanda, se fundó en las siguientes reflexiones del *a quo*, relativas al cargo de violación de los artículos 32, 33 y 34 de la Ley 14 de 1983 consistente en que la norma acusada señala a la actividad industrial una base gravable adicional, para el evento de que el industrial venda sus productos a través de establecimientos comerciales:

La Ley 14 de 1983 en los artículos citados, señaló un marco al impuesto de industria y comercio, dentro del cual éste tiene como presupuesto fáctico de la obligación tributaria el ejercicio de tres actividades: La industrial, la comercial y la de servicios. La base gravable está constituida por el promedio mensual de ingresos brutos obtenidos en el ejercicio anterior. La realización del ingreso supone necesariamente la venta del producto por parte del industrial.

Sentado lo anterior —concluye el tribunal— se tiene que, "...al fijar las normas acusadas sobre el ingreso obtenido en la actividad industrial, una nueva base gravable y otra tarifa, está violando el marco de la Ley 14 en donde señala un solo impuesto aplicado a la base gravable obtenida en el ejercicio de cada actividad.

No es que el industrial al vender sus productos esté ejerciendo otra actividad, sino que dada la estructura del impuesto, el ejercicio de la actividad industrial culmina con la venta, independientemente del

establecimiento o sitio donde ésta se realice, ya que si la venta no se realiza no hay base gravable sobre la cual deba aplicarse la tarifa.

En el caso *sub lite* se está aplicando sobre el ingreso obtenido en la actividad industrial, aumentado en un 50%, dos tarifas diferentes, situación no prevista en la ley.

No es lo mismo que la persona ejerza las tres actividades y sobre los ingresos obtenidos en cada una de ellas se aplique la tarifa correspondiente a cada actividad. Pues en este supuesto, existen diferentes ingresos o bases gravables (fls. 129 y 130).

3º No anuló el tribunal el parágrafo 3º del artículo 24 del citado Acuerdo 21 de 1983, por considerarlo ajustado a los parámetros de la Ley 14 de 1983.

La apelación:

El representante del Distrito Especial de Bogotá, solicita se revoque la sentencia; sostiene que en ella no fue desvirtuada la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos objetados en la demanda. Sus acusaciones contra el fallo se resumen así:

1º Nulidad del artículo 21 del Código 107 del Acuerdo 21 de 1983.

Su legalidad sólo fue examinada a la luz del artículo 76 de la Ley 14 del mismo año, sin tener en cuenta que, en la fecha en que se expidió la sentencia, el ordenamiento de aplicación preferente para establecer la validez de la norma acusada era el Decreto extraordinario 1333 de 1986, dictado en ejercicio de las facultades de la Ley 11 de 1986, por el cual se expidió el nuevo Código de Régimen Municipal, estatuto que reguló íntegramente el impuesto de industria y comercio en su Título X, Capítulo II, numeral 11 sin mencionar la fabricación de cigarrillos de tabaco como actividad exenta ni incluir dentro de las prohibiciones señaladas por el artículo 259 la de gravar dicha actividad. Por el contrario, el código facultó a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá para crear, dentro de los impuestos y contribuciones señalados en el artículo 173 y siguientes, el de industria y comercio que "recaerá en cuanto a materia imponible sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales...".

Critica el representante del Distrito Especial el criterio del tribunal, compartido por esta Sección en el auto que confirmó la suspensión provisional de la norma en estudio, argumentando que si bien es obvio que el Concejo Distrital de Bogotá está en la obligación

constitucional de respetar las normas de la Ley 14 de 1983, lo cual "no admite rodeos ni se presta a anfibiologías de especie alguna, lo que sí es enteramente discutible es que la legalidad de un precepto debe ser analizada a la luz de la normatividad vigente al momento de su expedición, semejante noticia carece del todo de afirmamento en nuestra tradición positiva, antes bien, es lo cierto que fácil resulta restarle su fundabilidad si acudimos a doctrinas como de la *purga de ilegalidad* con impronta en nuestro derecho, tendremos que reconocer que el examen de legalidad del dispositivo acusado se debe hacer, principalmente en tratándose de juicios promovidos bajo el amparo de la acción de simple nulidad, es atendiendo a los reglamentos superiores con vigor jurídico en el instante mismo en que el veredicto deba ser pronunciado, lo cual es apenas elemental, ya que carece de propósito el realizar el enfrentamiento atendiendo a preceptos derogados, suspendidos, subrogados o simplemente modificados". Y en apoyo de esta tesis cita apartes de una sentencia que según el litigante forman parte del texto publicado en *Anales*, Tomo LXXXIV, página 239, de la que fue ponente el doctor Carlos Galindo Pinilla, lo cual no corresponde a la realidad (fl. 204).

2º Suspensión provisional de los Acuerdos 15 y 18 de 1987, en cuanto reprodujeron la norma suspendida.

Contra el auto de 21 de noviembre de 1986 por el cual el conductor del proceso en esta instancia dispuso la suspensión provisional de los efectos de los citados acuerdos, argumenta el procurador judicial del Distrito:

> "Además si la razón que se consideró para decretar la suspensión provisional del artículo 21 del Código 107 del Acuerdo 21 de 1983, era que por esta disposición se infería quebranto al artículo 76 de la Ley 14 de 1983, que era la norma vigente al momento de expedirse la codificación local, no otro tanto podía haber afirmado relativamente a los Acuerdos distritales números 15 y 18 de 1987, que en todo caso fueron suspendidos, los que, a no dudarlo, fueron dictados después de haber entrado a regir el Decreto extraordinario número 1333 de 1986, normatividad que no reprodujo dentro de sus prohibiciones la de gravar la industria tabacalera, así es que, aún acogiéndose al chovinista y anacrónico razonamiento del *a quo* es posible afectar negativamente el Acuerdo 21 de 1983, pero jamás los Acuerdos 15 y 18 de 1987, respecto de los cuales la suspensión provisional debe levantarse lo más pronto posible" (fl. 207).

A lo anterior agrega el memorialista que el Decreto-ley 1222 de abril 18 de 1986, por el cual se expidió el Código de Régimen Departamental nada regula en materia de impuestos de industria y comercio y avisos, por no tratarse de un impuesto departamental.

3º Nulidad del parágrafo 1º del artículo 24 del Acuerdo 21 de 1983.

Sostiene el recurrente que el juzgador de primer grado acogió equivocadamente los cargos del actor, sin tener en cuenta que el supuesto de hecho consagrado en la norma contempla a un sujeto pasivo que realiza dos actividades distintas, la industrial y la comercial, dos hechos imponibles distintos, evento para el cual lo que el acuerdo contempló fue una rebaja en favor del industrial, que al ser anulada, obligará a este sujeto pasivo a pagar el impuesto de industria y comercio sobre el 100% de lo percibido al realizar la actividad industrial y adicionalmente sobre el 100% al realizar la actividad comercial, por ello considera inexplicable que el tribunal no haya atendido que en la definición del artículo 1º del Acuerdo 21 de 1983 quedaron sometidas a la obligación tributaria tres distintas actividades, "...autárquicas, soberanas y autónomas que como son la *industrial*, la *comercial* y la de servicios, y que el sujeto pasivo, es decir el realizador de uno cualquiera de los hechos *generadores* —en el sentido indicado en el Acuerdo 21— gravados, queda cobijado por el gravamen y por ende sujeto a pagarlo..." (destaca el memorialista).

Finalmente observa cómo, en concordancia con el parágrafo 1º, a 3º del artículo en cita, determina el sentido que debe atribuirse a la expresión "ingresos de la actividad comercial" para distinguir las ventas de fábrica, de las realizadas en locales propios del industrial, de manera que "...por la primera paga sobre la totalidad de ingresos aplicando la tarifa correspondiente —*artículo 21 tarifas industriales*—, en tanto que por la actividad comercial o de servicios se liquida y paga el tributo no ya sobre el total de ingresos obtenidos sino que solamente sobre el 50% de los ingresos brutos percibidos en la operación industrial por la unidad jurídica".

Concepto del Ministerio Público:

La doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de esta Corporación, pide que se confirme la sentencia respecto del Código 107 del artículo 21 y se revoquen las decisiones concernientes a los parágrafos 1º y 3º del artículo 24 para declarar, en su lugar, parcialmente nulo el 1º en la parte que dice "el impuesto por la realización de la actividad comercial o de servicios se liquidará sobre el 50% de los ingresos brutos percibidos en dicha actividad industrial por la unidad jurídica en locales comerciales en Bogotá, aplicando la tarifa correspondiente" e igualmente nulo el parágrafo 3º, con base en las siguientes consideraciones:

1º La facultad impositiva de los Concejos municipales está subordinada a la ley (C. N., art. 192-2). El artículo 76 de la Ley 14 de 1983, invocado por el actor, estatuyó una prohibición terminante, que com-

prende al Distrito Especial de Bogotá, de establecer gravámenes adicionales al de consumo que la misma ley contempla, sobre la fabricación, introducción, distribución, venta y consumo de cigarrillos nacionales y extranjeros, prohibición que el Acuerdo 21 de 1983 violó al incluir en su artículo 21 Código 107, como actividad gravada a la tarifa del 7% la "fabricación de productos derivados del tabaco" sin excluir la fabricación de cigarrillos.

Dicha prohibición no fue derogada por el Decreto 1333 de 1986, como sostiene el recurrente. El hecho de que no la mencionara no responde a una derogatoria sino a una simple sistematización de materias, si tenemos en cuenta que la norma no cobija a los municipios ordinarios, sino a los departamentos, intendencias y comisarías que se rigen por el Decreto 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental, estatuto en el cual debía ser incluida y allí encontramos precisamente reproducida la prohibición del artículo 76 de la Ley 14 de 1983 (art. 138).

No debe olvidarse —concluye la Fiscalía— "que por disposición del artículo 199 de la Constitución Nacional, la ciudad de Bogotá está organizada como Distrito Especial, sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones que fija la ley, y por consiguiente aun cuando algunas disposiciones del régimen ordinario le son aplicables cuando así lo prescribe la ley, no toda la legislación que regula su funcionamiento se encuentra compilada en el Decreto 1333 de 1986.

> "En materia de rentas la Constitución Política defirió a la ley determinar la participación que al Distrito corresponde en las rentas departamentales que se causen en Bogotá y la Ley 14 de 1983 (art. 73) señaló la forma de distribución de la renta departamental por impuesto al consumo de cigarrillos y expresamente prohibió al Distrito imponer por su fabricación gravámenes adicionales o cualquier otro gravamen distinto a éste (art. 76). Es inane por ello dilucidar si el impuesto de industria y comercio que grava la actividad comercial de cigarrillos es un impuesto adicional al de consumo de la Ley 14 de 1983 o si constituye un gravamen diferente, pues uno y otro se encuentran incluidos en la prohibición legal".

2º Respecto de los parágrafos 1º y 3º del artículo 24 del Acuerdo 21 de 1983, conceptúa el Ministerio Público:

La Ley 14 de 1983 desvinculó el impuesto de industria y comercio de la existencia de establecimientos al disponer que "recaerá sobre todas las actividades industriales, comerciales y de servicios, ya sea que se cumplan en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos. El hecho imponible es la actividad, no por sí sola, sino en la medida en que genera ingresos, toda vez que el pro-

medio mensual de los obtenidos en el ejercicio anterior constituye la base gravable, con lo cual la Ley 14 de 1983 convirtió en hecho generador la venta". Por ello constituye un error entender que el industrial es sujeto pasivo por su actividad de fabricante y que si vende sus productos vuelve a serlo por su actividad comercial.

> "Como se sabe —dice la distinguida Fiscal— en materia impositiva el hecho imponible es el que causa el impuesto, pero sólo producido el hecho generador nace la obligación tributaria, como quiera que es el hecho generador la manifestación externa del hecho imponible".

Sobre estas premisas, concluye el Ministerio Público que fue acertada la decisión del tribunal al declarar la nulidad del parágrafo 1º, aun cuando sólo hay lugar a ella respecto de la oración final, que es la que contraría la norma superior. Además la anulación debe extenderse al parágrafo 3º, porque de su interpretación puede resultar reiterada la disposición anterior, si bien en su sentido positivo no comporta violación de la ley.

Consideraciones de la Sala:

1º *Impuesto a los cigarrillos.*

Nulidad del artículo 21, Código 107 del Acuerdo 21 de 1983, del Concejo del Distrito Especial de Bogotá:

Las razones expuestas en la sentencia y en el concepto fiscal, que se destacaron en los antecedentes aquí consignados, no dejan lugar a dudas sobre la infracción de la Ley 14 de 1983 por la disposición anulada, en cuanto grava la fabricación de cigarrillos de tabaco, desconociendo la prohibición del artículo 76 de dicha ley.

Con relación a los argumentos del representante del Distrito Especial de Bogotá, la Sala considera que no se dan los supuestos de una posible "purga de ilegalidad" por no inclusión de la prohibición del artículo 76 de la Ley 14 de 1983 en el Código de Régimen Municipal contenido en el Decreto 1333 que fue expedido el 25 de abril de 1986, o sea, con posterioridad al Acuerdo 21 de 1983 (noviembre 9).

Sobre este particular, la Sala reitera el criterio expuesto en el auto de enero 29 de 1988, que confirmó la suspensión provisional de la norma en estudio, de acuerdo con el cual, la prohibición del artículo 76 de la Ley 14 de 1983 tampoco puede entenderse derogada por el hecho de que no la hubiera contemplado el Decreto 1333 de 1986, nuevo Código de Régimen Político y Municipal. Como se expresó en dicha providencia la Ley 14 de 1983 figura dentro de las normas que auto-

rizaron la expedición de aquél y la prohibición contenida en el artículo 76 es clara y cobija al Distrito Especial de Bogotá, así como a las demás entidades territoriales. Aún siguiendo el criterio propuesto por el mismo defensor del Distrito, basta consultar el Decreto 1222 de 1986 (abril 18) contentivo del Código de Régimen Departamental, en cuyo artículo 138 se reprodujo el 76 de la Ley 14 de 1983 (julio 6), de manera que no cabe duda en cuanto a la vigencia de la prohibición, tanto al momento de la expedición del Acuerdo 21 el 9 de noviembre de 1983 como al juzgar su legalidad el *a quo*.

Tales normas cuyo texto es igual disponen que los departamentos, intendencias, comisarías y *Distrito Especial de Bogotá* no podrán establecer gravámenes adicionales sobre la fabricación, introducción, distribución, ventas y consumo de cigarrillos, o cualquier otro gravamen *distinto al único de consumo que determina la ley.*

La circunstancia de que esta norma no fuera incluida en el Estatuto de Régimen Municipal —Decreto 1333 de 1986— y concretamente en el artículo relativo al impuesto de industria y comercio, no significa en manera alguna su derogatoria, inexistencia o inaplicabilidad por parte del Distrito Especial. En primer lugar, porque no toda su reglamentación está contenida en el Código de Régimen Municipal dada su condición especial originada en la propia Constitución Nacional (art. 199) además, porque se trataba de regular el impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco establecido a favor de los departamentos, intendencias y comisarías y sobre el cual le corresponde al Distrito Especial de Bogotá la parte distribuida por el Decreto 3258 de 1968 (art. 3º), y finalmente, porque es norma vigente que menciona en forma expresa al Distrito Especial de Bogotá, sin que sea válido ningún argumento para desobedecer tan clara prohibición impuesta allí por el legislador.

Por otra parte, teniendo en cuenta de que subsistía la misma prohibición cuando el Concejo del Distrito Especial de Bogotá dictó los Acuerdos 15 y 18 de 1987, en los cuales reprodujo en su esencia el artículo 21 Código 107 suspendido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cabría mantener la suspensión de aquéllos, dispuesta en esta instancia (auto de noviembre 21 de 1988) (N. de R. Publicado en Extractos Caja Agraria, T. II, 1988, pág. 250)., de acuerdo con el artículo 158 del Decreto 01 de 1984, por cuanto reprodujeron la orden de pagar el impuesto de industria y comercio sobre la fabricación de cigarrillos de tabaco, a la tarifa del 7%, una vez que no resulta aceptable el argumento del señor defensor del Distrito (de haber expedido tales Acuerdos después del Decreto 1333 de 1986). Pero como a la fecha está vigente el artículo 34 del Decreto extraordinario 2304 de 7 de octubre de 1989 (Diario Oficial número 29013) norma que sustituyó el artículo 158 del Decreto 01 de 1984 y a cambio de mantener indefi-

nidamente la suspensión provisional, dispone "...en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la *nulidad* de estos actos", la Sección ordenará con apoyo en la norma citada la anulación de los Acuerdos 15 de 1987 (diciembre 4) y 18 de 1987 (diciembre 9) en cuanto reprodujeron la orden de gravar con impuesto de industria y comercio a la *fabricación de cigarrillos de tabaco* dentro de la actividad de "fabricación de productos derivados del tabaco" en los siguientes apartes:

Acuerdo número 15 de 1987 (diciembre 4)

Artículo 3º Tarifas industriales

Código 103 - Fabricación de productos derivados del tabaco 7 × mil

Acuerdo número 18 de 1987

Artículo 37. Tarifas industriales

Código 105 - Fabricación de productos derivados del tabaco 7 × mil

2º *Gravamen a la actividad industrial.*

En cuanto a los parágrafos 1º y 2º del artículo 24 del Acuerdo 21 de 1983, no comparte la Sección el criterio del recurrente quien sostiene que el parágrafo 1º es legal y favorable al industrial toda vez que consagra una rebaja, ya que el impuesto se causa cada vez que el sujeto pasivo ejerce un acto correspondiente a cualquiera de las actividades cuyo ejercicio señalado por la ley como generador de la obligación de pagarlo, de manera que el industrial realiza dos hechos gravados, uno por simple ejercicio de la actividad de fabricante y otro cuando vende sus productos a través de establecimientos comerciales.

Para una mejor comprensión del tema se incluye la totalidad del artículo 24 del cual están impugnados los parágrafos 1º y 3º:

> "Artículo 24. Contribuyentes con varias actividades. Cuando un mismo contribuyente realice varias actividades, ya sean varias comerciales, varias industriales, varias de servicios o industriales con comerciales, industriales con servicios, comerciales con servicios o cualquier otra combinación a las que de conformidad con las reglas establecidas en este acuerdo correspondan diferentes tarifas, determinará la base gravable de cada una de ellas y aplicará la tarifa correspondiente. El resultado de cada operación se sumará para determinar el impuesto total a cargo del contribuyente.

"Parágrafo 1º En el caso del ejercicio de actividades industriales combinadas con locales comerciales para la venta de sus productos o la prestación de servicios relacionados con la actividad industrial en que se integren unas y otros en una sola unidad jurídica, se liquidará y pagará el impuesto por la realización de la actividad industrial sobre la totalidad de los ingresos aplicando la tarifa correspondiente. El impuesto por la realización de la actividad comercial o de servicios se liquidará y pagará sobre el 50% de los ingresos brutos percibidos en dicha actividad industrial por la unidad jurídica en locales comerciales en Bogotá, aplicando la tarifa correspondiente.

"Parágrafo 2º En el caso de la edición de revistas y periódicos, se entenderá que todos los ingresos relacionados con el producto final constituyen ingresos industriales.

"Parágrafo 3º En todo caso, los ingresos derivados de la actividad industrial se tendrán como tales si son ventas de fábrica, que no utilizan locales comerciales para este fin".

Para la Sala es claro que el mismo acuerdo vincula el nacimiento de la obligación, en cualquiera de las actividades que señala como generadores de la misma, a la obtención de ingresos en el ejercicio inmediatamente anterior cuyo promedio mensual constituye la base gravable, supuesto que no puede realizarse respecto del industrial sino cuando vende sus productos, ya sea en la propia fábrica o fuera de ella, con o sin establecimientos de comercio, como lo previó la Ley 14 de 1983 al autorizar a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá para establecer el gravamen sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que se ejerzan o realicen en las jurisdicciones respectivas (art. 32), desligando el hecho generador de la existencia de tales establecimientos.

Sobre el punto en controversia, esta Sección adoptó el criterio expresado en los siguientes párrafos de la sentencia de septiembre 25 del presente año —proceso 0082— los cuales reitera en esta oportunidad:

"Para los efectos de la labor de interpretación de la Ley 14 de 1983 que se hace en esta providencia, no se considera acertado separar la 'venta' como un hecho aparte y distinto de la 'producción' para justificar el criterio de que cada uno de ellos caracteriza dos actividades gravables distintas ejercidas por el mismo sujeto.

"Para la Sala, la venta del producto es la culminación del proceso económico del industrial, pero no es actividad adicional o diferente de la fabricación del mismo. El producir por producir no es actividad industrial en sentido eco-

nómico o fiscal; la actividad es la industrial y la medida del impuesto adoptada por el legislador es la venta de productos, pero ello no significa que de industrial que es, la convierta en comercial".

De acuerdo con la definición o descripción conceptual contenida en el artículo 35 de la Ley 14 de 1983, el expendio o distribución de mercancías en principio se entiende como actividad comercial, salvo cuando está considerada por la misma ley como industrial o de servicios, como es, precisamente, la venta o distribución efectuada por el sujeto que está dedicado a la fabricación, manufactura y ensamble de cualquier clase de materiales o bienes (art. 34). De allí se concluye que ejerciendo un sujeto en un municipio la actividad industrial (producción), ésta continúa siéndolo cuando en el mismo municipio distribuye o vende sus productos, en razón de la salvedad que a la definición de actividad comercial hace en la parte final el artículo 35 cuando dispone que "se entiende por actividades *comerciales* las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías... y las demás definidas como tales por el Código de Comercio y cuando no estén consideradas por el mismo código *o por la ley, como actividades industriales o de servicio*" (subraya la Sala). Es obvio que a esta clara definición están sujetos los municipios.

Del contexto de la Ley 14, en especial de los artículos 32 a 36 se deduce que una de las características del impuesto de industria y comercio es la de gravar con tarifas distintas cualquiera de las tres actividades allí definidas sobre los ingresos brutos que para cada una de ellas se establezca y este tema lo desarrolla el primer inciso del artículo 24 sin que sea objeto de acusación.

Pero en cambio, ningún apoyo legal tiene el sistema adoptado por el parágrafo 1º de la misma norma cuando al mismo sujeto pasivo (que llama unidad jurídica integrada), que esté ejerciendo la actividad industrial (fabricación de bienes), la desdobla para gravarlo sobre la totalidad de los ingresos aplicando la tarifa industrial y la comercial sobre el 50% de los ingresos obtenidos en locales comerciales en Bogotá.

Este sistema es abiertamente contrario a la definición de actividad comercial dada por el artículo 35 que precisamente exceptúa de ellos la venta de quien ejerce la actividad industrial (art. 34) o la de servicios (art. 36) y a la base gravable definida por el artículo 33 como el promedio mensual de ingresos brutos obtenidos en el año inmediatamente anterior.

Y por la misma razón, además de las anotadas por la Fiscalía, es indudable que el parágrafo 3º de la misma norma en su aplicación puede resultar complementario del 1º, por lo cual también resulta ilegal, debiendo declararse nulos los dos parágrafos analizados.

Obrando en consecuencia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Confírmase la sentencia apelada en cuanto declaró nulo el artículo 21 Código 107 del Acuerdo 21 de 1983, proferido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

2º Confírmase, igualmente, la sentencia en relación con la declaratoria de nulidad del parágrafo 1º del artículo 24 del citado acuerdo y declárase nulo el parágrafo 3º del mismo artículo 24.

3º Declárase la nulidad de los Acuerdos 15 y 18 de 1987 proferidos por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en cuanto reprodujeron la orden de gravar con impuesto de industria y comercio a la "fabricación de cigarrillos de tabaco" a la tarifa industrial del 7 por mil en el Código 103 del artículo 3º del Acuerdo 15 y en el Código 105 del artículo 37 del Acuerdo 18 de 1987.

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, con aclaración de voto; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Judith López Díaz, Secretaria (E).

DOBLE TRIBUTACION / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO (Aclaración de voto)

Si el Distrito Especial de Bogotá decidió gravar al industrial por la producción total de su establecimiento situado en el distrito, y, si además, el industrial tenía un almacén en el que vende el producto de su industria, lo gravaba como comerciante, considero que se da la doble tributación.

Bogotá, D. E., veintitrés de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 2222.

La aclaración al voto que debo hacer es la siguiente:

En el expediente número 0082 por el cual la Sala mayoritaria anuló el inciso 2º del artículo 1º del Decreto nacional 3070 de 1983, por cuanto en esa oportunidad me aparté de la decisión mayoritaria por considerar ajustado a la ley el inciso anulado, por cuanto creo como lo decía la norma anulada que la base gravable en el municipio donde está ubicada la planta industrial, es el producto de la comercialización de la producción total de la fábrica. De suerte, que si en otro municipio el industrial ejerce la actividad de comercio de los productos de su fábrica o industria, en éste debe pagar como comerciante y no como industrial, sin que se produjera doble tributación, por cuanto el hecho imponible es la actividad que se ejerza de acuerdo con la Ley 14 de 1983. En cambio, en el caso de este proceso, la situación es distinta; en efecto, el Distrito Especial de Bogotá decidió gravar al industrial por la producción total de su establecimiento situado en el Distrito; y, si además, el industrial tenía un almacén en el que vende el producto de su industria, lo gravaba como comerciante; considero que en este evento sí se da la doble tributación, por cuanto en el municipio sede de la industria, el industrial debe gravársele como industrial de acuerdo con la comercialización de toda la producción industrial.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Sujetos / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

Aunque el artículo 7º del Decreto 3070 de 1983 establece obligaciones para los sujetos del impuesto de industria y comercio, no incluye a "los no sujetos", y por lo tanto, no le es dable a los Concejos hacer extensivas a éstos, las obligaciones referidas, u otras que pudiera establecer. CONFIRMA LA NULIDAD de la expresión "no sujetos o" contenida en cada uno de los parágrafos de los artículos 28 y 32 del Acuerdo del Concejo de Bogotá número 21 de 1983, decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente número 2172. Actor: Ligia Sarmiento de Peña contra Distrito Especial de Bogotá. Apelación sentencia de 19 de marzo de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad del parágrafo de los artículos 28 y 32 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de marzo de 1988 dentro del juicio de nulidad promovido por la ciudadana Ligia Sarmiento de Peña en relación con los parágrafos de los artículos 28 y 32 del Acuerdo número 21 de 1983 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

La demanda de nulidad:

En desarrollo de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A. se pidió la nulidad de los parágrafos de los artículos 28 y 32 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo Distrital de Bogotá, cuyo texto idéntico es el siguiente: "La anterior disposición se extiende a las actividades no sujetas o exentas".

Se citó como normas transgredidas los artículos 39 de la Ley 14 de 1983 y el artículo 7º del Decreto 3070 de 1983.

La violación de norma superior se deduce del hecho de que las normas citadas como transgredidas no han dispuesto gravamen alguno para las actividades no sujetas o exentas del pago del impuesto de industria y comercio mientras que los parágrafos acusados sí los establecen, al hacer extensivas a personas no sujetas o exentas los que se determinan para las sujetas o gravadas.

La sentencia apelada:

Decidió el tribunal la controversia mediante sentencia parcialmente favorable a las súplicas de la demanda declarando "la nulidad de la expresión 'no sujetas o' contenida en cada uno de los parágrafos de los artículos 28 y 32 del Acuerdo emanado del Concejo de Bogotá número 21 de 1983" (fl. 61).

El tribunal fundamentó su decisión en la razón de encontrar válido el cargo de violación del artículo 7º del Decreto 3070 de 1983 pero sólo en cuanto los parágrafos acusados se refieren a las actividades no sujetas. Estimó por el contrario, que en relación con las actividades exentas no había transgresión por cuanto ellas son en principio sujetos del impuesto y la exención sólo cobija el pago del tributo pero no las demás obligaciones de carácter formal establecidas con respecto al mismo.

La apelación:

Parte del razonamiento de que el Concejo Distrital de Bogotá sí tenía facultades para imponer obligaciones como la de inscripción y presentación de una declaración a las personas no sujetas del gravamen, puesto que así ellas no se hallen obligadas a pagar el gravamen, ello no es "obstáculo para que entre la administración y estos sujetos se establezca una relación o vínculo a través de los cuales el ente público imponga ciertos deberes a fin de facilitar al proceso de determinación fiscal y que no implican, para el sujeto una carga de gran magnitud o una erogación de índole patrimonial" (fl. 171).

Alegato de la actora:

Solicita se confirme la sentencia apelada y refuta las argumentaciones de la apelante diciendo:

> "De otra parte, aunque el artículo 7º del Decreto 3070 de 1983 en el ordinal 6º autoriza a los Concejos a establecer otras obligaciones debe entenderse que dicha autorización se relaciona únicamente con los sujetos del impuesto, por lo tanto,

cuando las normas demandadas exigieron a quienes no están sujetos al impuesto cumplir obligaciones propias de quienes sí lo son, están violando el artículo 7º del Decreto 3070 de 1983".

Concepto fiscal:

El señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, doctor Jaime Ossa Arbeláez estima en su vista fiscal que la sentencia recurrida merece ser confirmada y su argumentación central discurre en los términos que se copian:

"De otro lado, si el Decreto 3070 de 1983 en su artículo 7º, especifica las obligaciones que deben cumplir los sujetos del impuesto de industria y comercio y excluye, por qué se abstiene de mencionarlos, a los no sujetos o sea a los supuestos de la no sujeción, no se ve razón alguna para que una norma de inferior jeraquía extienda dichas obligaciones a quienes el ordenamiento superior no las incluyó.

"Referente a las actividades exentas es atendible la reflexión del *a quo* al expresar que no hay transgresión alguna, pues ellas son en principio sujetos pasivos del impuesto y por ende sino están obligados a pagar el tributo bien puede el sujeto activo conservar a su favor el resto de las obligaciones formales a su cargo" (fls. 186 y 187).

Consideraciones de la Sala:

Para una mejor claridad y entendimiento de las consideraciones de la Sala, se parte de la lectura del texto del artículo 7º del Decreto 3070 de 1983, que se tomó por el Concejo Distrital como base para su reglamentación por el acuerdo demandado. Dice así:

"Los sujetos del impuesto de industria y comercio deberán cumplir las siguientes obligaciones:

"1º Registrarse ante las respectivas Secretaría de Hacienda o, cuando no existan, ante las Tesorerías Municipales dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de iniciación de la actividad gravable.

"2º Presentar anualmente, dentro de los plazos que determinen las respectivas entidades territoriales, una declaración de industria y comercio junto con la liquidación privada del gravamen.

"3º Llevar un sistema contable que se ajuste a lo previsto en el Código de Comercio y demás disposiciones vigentes.

"4º Efectuar los pagos relativos al impuesto de industria y comercio, dentro de los plazos que se estipulen por parte de cada municipio.

"5º Dentro de los plazos establecidos por cada municipio, comunicar a la autoridad competente cualquier novedad que pueda afectar los registros de dicha actividad, y

"6º Las demás que establezcan los Concejos, dentro de los términos de la Ley 14 de 1983 y normas que la adicionen o reglamenten".

En verdad que, tanto las argumentaciones de la demandante, como los fundamentos de la sentencia apelada y los razonamientos de la vista fiscal, en el sentido de estimar que el artículo 7º del Decreto 3070 de 1983 aunque establece obligaciones para los sujetos del impuesto de industria y comercio, no incluye a "los no sujetos" y por lo tanto, no le es dable a los Concejos hacer extensivas a éstos, las obligaciones referidas, u otras que pudiera establecer, resultan valederas y por lo tanto, en acuerdo con ellos, la Sala habrá de proferir fallo confirmatorio de la sentencia recurrida, máxime que no encuentra en la sustentación del recurso argumentos distintos a los de conveniencia para apoyar la legalidad de las disposiciones acusadas y es claro que, en tratándose del juzgamiento de éste no pueden ser tenidas en cuenta consideraciones diferentes a la conformidad del acto administrativo cuestionado con el ordenamiento jurídico superior.

Por lo expuesto anteriormente la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia de 19 de marzo de 1988 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del juicio de nulidad de los parágrafos de los artículos 28 y 32 del Acuerdo número 21 de 1983 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala; *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

FAVIDI / EMPLEADOS PUBLICOS / TRABAJADORES OFICIALES - Clasificación

La Corporación ha considerado que el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 es aplicable a los servidores de los departamentos, intendencias, comisarías, municipios y Distrito Especial de Bogotá.
(...) El señalamiento de los criterios para la clasificación de los empleados oficiales, le corresponde exclusivamente al Congreso, corporación que de conformidad con el ordinal 9 del artículo 76 de la Carta, puede conferirla en forma extraordinaria y pro tempore *al Presidente de la República. Este aspecto del servicio público, así como el del régimen de las prestaciones sociales para los empleados públicos, son de exclusiva competencia del legislador.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., siete de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente número 506. Actor: Alirio Martínez Serna.

Conoce la Sala de la apelación contra la sentencia proferida el 23 de junio de 1983 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con ocasión de la demanda instaurada por el ciudadano y abogado Alirio Martínez Serna, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941. Solicitó de ese tribunal la nulidad del aparte del acta de la Junta Directiva del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital "FAVIDI", distinguida con el número 07 de 1975 que dice:

> "Se autorizó a la administración para que guardado los límites máximos (sic) de número de funcionarios autorizados por la Junta y de asignaciones fijadas en el aumento anterior, proceda a la reorganización de la planta, para lo cual podrá variar la estructura y nomenclatura y fusionar cargos si se considera necesario (Fdo.) por el Presidente Manuel Uribe Ortiz, Secretario (Fdo.) Darío Isaza Franco".

Así mismo, la nulidad del literal m) del artículo 9º del Acuerdo número 2 de 1977, en virtud del cual se declaró trabajadores oficiales

a la gran mayoría de los empleados oficiales del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital y como excepción empleados públicos a los subgerentes y a los Jefes de División de la citada entidad.

Pidió también la declaratoria de nulidad de los artículos 4º y 5º de la Resolución número 05 de 1978, expedida por la Junta Directiva del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, el primero de los cuales estableció que las personas que prestan sus servicios al citado Fondo se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales y el último atribuyó a la Junta Directiva del mismo, la facultad de crear y suprimir los empleos que el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital "FAVIDI" requiera.

Los hechos en que se fundamenta el libelo, son los siguientes:

> "El Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital 'FAVIDI', fue (sic) creado mediante el Acuerdo número 2 de 1977, como un establecimiento público, aunque sus objetivos le hacen perder tal carácter y lo situan (sic) propiamente por sus objetivos es (sic) un establecimiento comercial, pues uno de sus literales consagra en el artículo primero, los siguientes: 'Objetivo: Promover el ahorro distrital y encauzarlo hacia la financiación de su plan general de desarrollo y de proyectos de esencial importancia para el orden económico y social del distrito'.
>
> "No obstante, la anterior observación, que es un establecimiento descentralizado de carácter comercial, que se dedica a la financiación de viviendas y promoción del ahorro, se acepta, en la forma que lo determina el acto administrativo distrital que lo creó.
>
> "Las normas acusadas de dicho establecimiento, a pesar de su relativa autonomía, han infringido normas superiores en relación con su estructura y organización, con la creación de cargos en los cuales deben asignarse funciones, conforme mandatos claros de nuestra Carta, que determinan la delegación de funciones, clasificación de empleados oficiales, y otros aspectos jurídicos, que señalaré en esta modesta petición, en defensa del Estado de Derecho, que estamos obligados a respetar desde los más humildes ciudadanos hasta los más encumbrados habitantes por su posición o jerarquía dentro del territorio nacional" (fls. 5 y 6).

Se invocan como normas transgredidas, los artículos 197 numeral 3, 62, 65, 76 numeral 1º de la C. N.; artículo 1º del Decreto 3074 de 1968; artículo 6º del Decreto número 1950 de 1973; Decreto 952 de 1974; artículo 169 de la Ley 4ª de 1913; artículo 5º de la Ley 65 de 1909; Acto legislativo número 1 de 1945; artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y artículo 5º del Decreto 1848 de 1969.

Sobre las disposiciones precedentes, el actor realiza un detenido estudio a efecto de demostrar la violación de que fueron objeto y, el derecho que alega asistirle en las pretensiones formuladas.

El tribunal del conocimiento mediante fallo fechado el 23 de junio de 1983, declaró la nulidad del literal m) del artículo 5º del Acuerdo número 2 de 1977, emanado del Concejo Distrital, en cuanto clasificó a "todos los trabajadores del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital" como trabajadores oficiales y negó las demás súplicas de la demanda.

Los argumentos de la sentencia apelada, tomados del auto dictado por esta Corporación por medio del cual confirmó la decisión del tribunal en el sentido de declarar la suspensión provisional del literal m) del artículo 9º del Acuerdo número 2 de 1977 y negar la de las demás normas acusadas, se pueden resumir así:

En cuanto hace relación a la decisión de la Junta Directiva del Fondo de Ahorro y Vivienda del Distrito, contenida en el Acta número 7 de 22 de enero de 1975, referente a la reorganización de la planta de personal del citado Fondo, el fallador de instancia consideró que no contraría lo dispuesto en la normatividad señalada por el demandante, máxime si se tiene en cuenta que con el acto acusado la Junta no se estaba desprendiendo de la facultad de disponer la organización administrativa del Fondo, ni la de determinar la política de la administración de personal, puesto que al reorganizar la planta de personal del mismo, la administración debía guardar los "límites máximos de número de funcionarios autorizados por la Junta y de asignaciones fijadas en el aumento anterior" (fl. 96).

Para el tribunal no se configuró la violación que a dicho acto le endilga el demandante, porque "...En efecto, el artículo 63 de la Constitución dice que 'no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento'; el artículo 9º del Acuerdo número 2 de 1977, en su literal ll) preceptúa que son funciones de la Junta Directiva del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital: ...'Disponer la organización administrativa del Fondo y dentro de ella crear, suprimir o fusionar y señalar las funciones y asignaciones'. El artículo 183 de la Constitución Nacional, nada tiene que ver en este caso, pues se refiere a entidades territoriales, y el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital no es una de éstas" (fl. 95-96).

Respecto de las acusaciones formuladas en la demanda contra el literal m) del artículo 9º del Acuerdo número 2 de 1977, el *a quo* hace estas consideraciones:

El Acuerdo número 2 de 1977 creó el "Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, como un establecimiento público descentralizado" (sic), lo que indica que todos sus servidores no podían clasificarse como trabajadores oficiales, siendo que una norma superior, como lo es el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, los clasifica como empleados

públicos, a excepción de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, que cataloga como trabajadores oficiales.

De conformidad con el anterior precepto legal, la calificación de servidor del Estado, sea de la Nación, el departamento, la intendencia, el municipio, etc., se determina teniendo en cuenta la clase o naturaleza de la entidad en donde se presta el servicio. De suerte que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, con excepción de las que laboran en la construcción y sostenimiento de obras públicas, que son trabajadores oficiales, son empleados públicos y aquellas que laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales. En los estatutos de éstas, debe precisarse qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos y en los estatutos de los establecimientos públicos, se debe indicar qué actividades pueden desempeñar personas que puedan calificarse como trabajadores oficiales.

Estima el fallador de instancia que la clasificación de los servidores del Estado, corresponde exclusivamente al legislador, según lo establece el numeral 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional y no a las autoridades o corporaciones territoriales, de allí que la clasificación de los servidores de las entidades descentralizadas, entre ellas los establecimientos públicos distritales, debe ajustarse a lo previsto en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y su reglamentario el Decreto número 1848 de 1969.

En consecuencia y como el literal m) del artículo 9º del Acuerdo 2 de 1977, hace una clasificación diferente a la contemplada por la norma superior, se procedió a declarar su nulidad.

Respecto a los motivos de anulación del artículo 4º de la Resolución número 05 de 1978, objeto de impugnación, el tribunal consideró que se ajusta a lo previsto en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, en cuanto indica que los servidores del Fondo se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales, por tanto, no declaró su nulidad.

Tampoco el tribunal encontró que el artículo 5º de la Resolución número 05 de 1978, contrariara ningún ordenamiento superior, toda vez que al indicar que son funciones de la Junta Directiva del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, la de disponer la organización administrativa del mismo y dentro de ella, la de crear, suprimir, modificar dependencias y cargos y señalar las funciones respectivas, no hizo más que repetir lo preceptuado en el acuerdo del Concejo. Por ello no decretó su nulidad.

La representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el tribunal de instancia y en su alegato de conclusión resaltó la legalidad del

literal m) del artículo 9º del Acuerdo número 2 de 1977, por cuanto, en su concepto, encuadra dentro de la facultad constitucional y legal que tiene el Concejo del Distrito Especial de Bogotá para determinar la estructura de la administración distrital, otorgada expresamente por el artículo 13, del Decreto-ley 3133 de 1968, que en el numeral 3, consagra como atribución de esa corporación la de "determinar la estructura de la administración distrital, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos".

Reconstruido el proceso, mediante providencia de 3 de febrero de 1988, se determinó que quedaba en estado de dictar sentencia, a lo cual se procede, no observándose causal que invalide lo actuado, previas las siguientes

Consideraciones:

El Acuerdo número 2 de 1977 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, creó el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, "como establecimiento público descentralizado" (sic) y dictó normas generales relacionadas entre otros aspectos, con sus objetivos, entidades a él vinculadas, su capital y patrimonio, dirección y administración, recursos y control fiscal.

Siendo que la inconformidad de la parte apelante de la sentencia de 23 de junio de 1983, radica en la declaratoria de nulidad del literal m) del artículo 9º del acuerdo mencionado, en cuanto clasificó a "todos los trabajadores del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital" como trabajadores oficiales, se procede al examen de los fundamentos de la decisión proferida por el tribunal sobre este tópico.

Esta Corporación ha considerado que el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, es aplicable a los servidores de los departamentos, intendencias, comisarías, municipios y Distrito Especial de Bogotá, como puede leerse en sentencias de 1º de abril de 1977, expediente número 3196, actor Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia, Consejero ponente doctor Carlos Aníbal Restrepo S. y de 26 de febrero de 1985, expediente número 7475, actor Jaime Jurado Alvarán, Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello (*Anales del C. de E.*, primer semestre 1985, pág. 368), proferidas por esta Sección. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido idéntico criterio en varios fallos como los fechados el 10 de febrero de 1977, actor Sindicato de Trabajadores de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, Ponente doctor Alejandro Córdoba Medina, y el 28 de agosto de 1981, promovido contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá, Ponente doctor Fernando Uribe Restrepo.

A juicio de la Sala el señalamiento de los criterios para la clasificación de los empleados oficiales, le corresponde exclusivamente al

Congreso, corporación que de conformidad con el ordinal 9º del artículo 76 de la Carta, puede conferirla en forma extraordinaria y *pro tempore* al Presidente de la República.

Este aspecto del servicio público, así como el del régimen de las prestaciones sociales para los empleados públicos, son de exclusiva competencia del legislador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 76 numerales 9 y 10 y 62 de la Constitución Política, respecto de los cuales los artículos 187 y 197 de la misma Carta no establecen excepciones. Es así como el artículo 187 citado, en el ordinal 5º otorga a las asambleas departamentales la función de determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos y el artículo 197, ordinal 3º da a los Concejos las mismas atribuciones; mas la Constitución no les atribuye la facultad de efectuar la clasificación de los empleados. Por consiguiente, este aspecto del servicio público le corresponde al Congreso, el cual por mandato del ordinal 10 del artículo 76 de la Carta debe, por medio de leyes, "regular los otros aspectos del servicio público".

Sentado lo anterior, procede la Sala a precisar las normas y criterios a que debió atender el Concejo Distrital para hacer la clasificación de los empleados de FAVIDI mediante el acuerdo impugnado.

Para el efecto, es preciso tener en cuenta la existencia del Decreto extraordinario 3135 de 1968, expedido en ejercicio de las facultades otorgadas al Presidente de la República por la Ley 65 de 1967. Igualmente que el literal g) del artículo 1º de la referida ley al conferir facultades para modificar "las normas que regulan la clasificación de los empleos, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos" así como "el régimen de nombramiento", no le restringió al Presidente de la República el ámbito de aplicación de las referidas facultades, como sí lo hizo en el ordinal f) respecto de las remuneraciones al circunscribir la delegación a los "empleos nacionales". Y es ello, apenas lógico y ajustado a derecho, pues mientras la Constitución ha reservado a las Asambleas y a los Concejos el señalamiento de las escalas de remuneración para los servidores departamentales y municipales, lo atinente a su clasificación corresponde a la órbita del legislador.

Es por lo anterior, que la Sala considera que para la clasificación de los empleados distritales en general y de los de FAVIDI en particular, era imperativa la aplicación del artículo 5º del Decreto extraordinario 3135 de 1968. Esta conclusión está en armonía con la sentencia de 26 de febrero de 1985 a la cual ya se hizo referencia, donde esta Sala expresó lo siguiente:

> "Ciertamente, no puede una Asamblea Departamental, un Concejo Municipal, ni ninguna corporación o entidad, ni funcionario alguno, clasificar los servidores del Estado a los de cualquier sector de la administración o los de un orga-

> nismo público, salvo las dos excepciones que al régimen general permite hacer el artículo 5º del Decreto extraordinario 3135 de 1968, para señalar cuáles son empleados públicos y cuáles trabajadores oficiales; es decir, quiénes están sometidos a un régimen legal y reglamentario estricto, especialmente en lo que atañe a requisitos para el desempeño de empleos públicos, inhabilidades e incompatibilidades, condiciones de permanencia en el servicio, retiro de él, responsabilidades en el ejercicio de la función pública, salario y prestaciones sociales, régimen disciplinario, carrera administrativa (que continúan vigentes las disposiciones que en el Decreto 1732 de 1960 la regulan para los empleados de las entidades territoriales), etc.; y quiénes están sujetos principalmente a un régimen contractual y convencional, de modo que se encuentran al margen del sistema especial de requisitos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades a que está sometido el ejercicio de los empleos públicos; además, los derechos y garantías legales constituyen para ellos apenas un mínimo que puede ser superado mediante convenciones, pactos colectivos y laudos arbitrales".

Establecida la aplicabilidad del artículo 5º del tantas veces citado Decreto extraordinario 3135 al caso *in exámine*, veamos ahora cuál es el alcance de sus disposiciones:

La mencionada norma preceptúa lo siguiente:

> "Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y estabelcimienos 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 presten 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".

De conformidad con la norma transcrita, se tiene:

a) Que el legislador señaló como regla general que quienes laboran en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos. Igual ca-

rácter tienen, a juicio de la Sala, quienes prestan sus servicios en las diferentes dependencias de las gobernaciones y alcaldías;

b) Sin embargo, en uno y otro caso con carácter excepcional, tienen el carácter de trabajadores oficiales quienes en los organismos y dependencias indicados en el literal anterior se dedican a "la construcción y sostenimiento de obras públicas". Y además, quienes desempeñan aquellas actividades que en los estatutos de los establecimientos públicos (nacionales, departamentales, distritales y municipales) hayan sido expresamente señaladas para ser ejercidas por personas vinculadas por contrato de trabajo.

Es decir, que por mandato y autorización conferida por el legislador, en los estatutos de dichos establecimientos es dado precisar qué otras actividades, como excepción, pueden ser ejercidas por trabajadores oficiales; siendo éste el campo, restringido por cierto, dentro del cual las corporaciones diferentes al Congreso o al legislador extraordinario, pueden entrar a participar en la clasificación de los empleados oficiales;

c) Lo anterior no significa que lo que el legislador estableció como regla general (la existencia de empleados públicos) pueda convertirse en una excepción por disposición de los estatutos del establecimiento público, al darle a la generalidad de los empleados del organismo el carácter de trabajadores oficiales, invirtiendo y violentando así los principios y criterios señalados por el legislador; como tampoco puede invertirse la proporción entre trabajadores oficiales (regla general) y empleados públicos (excepción), que la misma norma transcrita ha señalado para la clasificación de quienes laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado.

Pues bien, en el caso *sub lite* no hay duda acerca de la naturaleza jurídica de establecimiento público del Fondo de Ahorro y Vivienda del Distrito, puesto que así fue definido por el artículo 1º del Acuerdo número 2 de 1977. Por consiguiente, la generalidad de sus servidores tienen el carácter de empleados públicos. Vale decir, si por mandato superior los servidores del Fondo son empleados públicos, y sólo por excepción algunos de ellos pueden ser trabajadores oficiales, el Concejo Distrital no podía, so pretexto de efectuar una clasificación, convertir la excepción en regla general y darle a la inmensa mayoría de los empleados el carácter de trabajadores oficiales, pues con ello violentó no sólo el espíritu sino la letra de las reglas contenidas en el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968. Una clasificación diferente a la señalada por el legislador, implica la asunción por parte del Concejo Distrital, de una competencia que constitucionalmente se halla atribuida a otro órgano. Pues, como ya se vio, el Cabildo sólo podía entrar a precisar "qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo", pero ello con carácter restrictivo y excepcional.

Las razones anotadas son suficientes para confirmar la sentencia apelada.

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

Falla:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de junio de 1983.

Reconócese personería al doctor Juan Sandoval Roa, como apoderado del Sindicato de Trabajadores del Fondo de Ahorrio y Vivienda del Distrito Especial de Bogotá, de conformidad con la sustitución que le hiciera el doctor Miguel González Rodríguez en memorial que obra a folio 126.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 27 de octubre de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

CONCEJO DISTRITAL / EXPROPIACION / DOMINIO EMINENTE / DOMINIO PUBLICO

El Distrito Especial de Bogotá no puede apropiarse de una porción de terreno, que se necesite para vías arterias del plan vial, sin reconocerle al dueño su valor. El dominio eminente es un derecho de naturaleza política y por ello no está ligado a patrimonio estatal, y que se diferencia del dominio público del Estado en que éste sí tiene contenido económico. Trátese entonces del dominio eminente o del dominio público su ejercicio de ninguna manera puede traducirse en que el Estado disponga omnímodamente y a su arbitrio de la propiedad privada, sino que en todo caso habrá de someterse a la normatividad jurídica que tiene en su cúspide a la Constitución Política.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 1278. Demandante: Horacio Perdomo Parada.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Personería de Bogotá, D. E., contra el auto de 1º de diciembre de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por medio del cual se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del artículo 118 inciso 1º, del Acuerdo número 7 de 1987 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Se persigue la revocación de esa providencia en relación con la suspensión provisional por ella decretada.

Auto apelado:

Para suspender la norma acusada, razonó así el tribunal:

"II. Dispone la norma cuya suspensión provisional se solicita:

" '*Cesión gratuita y obligatoria.* El Instituto de Desarrollo Urbano, para efectos de adelantar la negociación directa o la expropiación de los predios que se quieran para vías arterias del Plan Vial, descontará en cada caso, el área de cesión gratuita y obligatoria, equivalente al siete por ciento (7%) del área bruta de terreno'.

"Por su parte el artículo 30 de la Constitución Nacional prescribe:

" 'Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

" 'La propiedad es una función social que implica obligaciones.

" 'Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

" 'Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a la indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara'.

"De la norma acusada se infiere claramente que *establece como obligatoria* la cesión gratuita de un porcentaje equivalente al siete por ciento (7%) del área bruta de terreno, cuando el Instituto de Desarrollo Urbano adelante la negociación directa o la expropiación de predios que se requieran para vías arterias del Plan Vial.

"En otras palabras, el dueño del terreno afectado por el Plan Vial y cuyo predio deba ser negociado directamente o en su defecto sea sometido al proceso de expropiación, debe obligatoriamente y en forma gratuita ceder el siete por ciento (7%) de su área bruta. Ello significa que sobre este porcentaje, el propietario no tiene derecho a exigir el pago que le corresponde bien a título de venta o de indemnización en caso de expropiación. Se presenta en forma clara y patente la violación de una de las normas invocadas, como lo es el artículo 30 de la Constitución Nacional que garantiza la propiedad privada y que sólo permite la expropiación mediante

sentencia judicial e indemnización previa, por motivos de utilidad pública o de interés social definido por el legislador por cuanto nadie puede ser obligado a ceder propiedad sin obtener la indemnización que le corresponde como titular del derecho de dominio.

"Así las cosas, se encuentra demostrada la violación manifiesta de una norma superior, con lo que se reúnen todos los elementos necesarios para decretar la suspensión provisional impetrada".

Sustentación del recurso de apelación:

I. Existen en el desarrollo del Derecho Urbanístico dos situaciones claras derivadas de la Constitución Nacional, la Ley 113 de 1928, la Ley 1ª de 1943 y el Código Civil en que la administración puede limitar los derechos de los particulares:

a) Caso de dominio eminente, según los artículos 4º de la Carta Política y el artículo 674 del Código Civil. De conformidad con este último texto son bienes de la unión aquellos cuyo dominio corresponde a la República. Si éstos están destinados al uso de todos los habitantes como las calles, plazas, puentes y caminos se les llama bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio. Sobre ellos no ejerce el Estado un derecho de propiedad privada sino uno de dominio eminente en el cual se conjuga el derecho político del Estado con el derecho de todos a usarlo "teniendo en cuenta que al señalarle la destinación el particular cuando trace las calles, vías, plazas, zonas verdes, etc., automáticamente determina su constitución como bienes de la unión";

b) La expropiación, que según el artículo 30 de la Constitución Nacional puede ser decretada por motivos de utilidad pública e interés social definidos por el legislador y mediante sentencia judicial e indemnización previa.

II. Un recuento breve sobre las normas que regulan el dominio eminente del Estado es como sigue:

a) En primer término se nota que no es el artículo 118 del Acuerdo 7 de 1987 el que establece la cesión gratuita, como equivocadamente lo señala el actor, ya que el mismo lo que indica "es la competencia que se le otorga al Instituto de Desarrollo Urbano para adelantar la negociación directa o la expropiación de los predios que se requieren para vías arterias del Plan Vial. Como es obvio se le señalan los parámetros que debe tener en cuenta para efectos de la negociación del 7% de la cesión gratuita y obligatoria", figura tal que se encuentra consagrada en los artículos 126 y 127 del Acuerdo número 7 de 1979, estatuto que define "el Plan General de Desarrollo Integrado y se

adoptan políticas y normas sobre el uso de la tierra en el Distrito Especial de Bogotá".

Del mismo modo el artículo 22 del Acuerdo 2 de 1980 "por el cual se adopta el Plan Vial para el Distrito Especial de Bogotá y se clasifican sus vías según su capacidad, función y uso", contempla tal cesión obligatoria del 7% del área bruta del terreno para la construcción de la vía;

b) La designación como bienes de la unión de uso público al tenor del artículo 674 del Código Civil no es señalada ni determinada por la administración distrital porque sería incompetente para ello, sino que ésta en forma automática al realizarse una urbanización ya sea por particulares o por entidades públicas y destinarse terrenos para calles, plazas, zonas verdes, parque, vías locales y vías arterias pasan a convertirse en bienes de uso público para todos los habitantes del territorio;

c) Es reiterada la jurisprudencia tanto de la honorable Corte Suprema de Justicia como el honorable Consejo de Estado sobre el dominio eminente que ejerce la Nación sobre los bienes de uso público y al efecto se citan algunas decisiones de dichos organismos jurisdiccionales.

Consideraciones de la Sala:

Estima ésta que el auto apelado merece confirmarse por las siguientes razones:

Aparece de manera manifiesta la violación del artículo 30 de la Constitución por el acto acusado.

En efecto:

a) Dicha norma después de garantizar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título autoriza la expropiación por motivos de utilidad pública o de interés social mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Pues bien el acto acusado provee a que, en tratándose de predios que se necesiten para vías arterias del Plan Vial del Distrito Especial de Bogotá, el Instituto de Desarrollo Urbano para fines de la negociación directa o de la expropiación descuenta en cada caso "el área de cesión gratuita y obligatoria" equivale al 7% del área bruta del terreno.

Ello significa a las claras que el Distrito Especial de Bogotá se apropia de tal porción de terreno sin reconocerle al dueño de ella su valor.

b) El dominio del Estado es definido como "el derecho que tiene el Estado, en su condición de persona jurídica, de emplear el territorio

y bienes en él contenidos para los fines del interés público y social" (Derecho Constitucional Colombiano, Jacobo Pérez Escobar, Editorial Horizonte, 1974, pág. 159).

Y, Miguel Marierhoff dice que el dominio eminente es la expresión político jurídica de la soberanía interna. La soberanía externa se manifiesta sólo en las relaciones entre los estados y es sinónimo de independencia. Se trata en suma de una potestad, no de una propiedad; *es una facultad de legislación* sobre las personas y los bienes y como expresión de soberanía interna no reconoce otras limitaciones que las preceptuadas por el ordenamiento constitucional (El Dominio Público, pág. 37) (Se subraya).

Manifestaciones entonces de dominio eminente se encuentran a manera de ejemplo en la permisión otorgada a los gobiernos extranjeros para adquirir en propiedad o construir en Colombia el edificio destinado a alojar su delegación, siempre que exista reciprocidad al respecto (Ley 39 de 1918).

Del mismo modo y por razones de orden público y seguridad nacional se prohíbe a los extranjeros adquirir terrenos en zonas limítrofes del territorio nacional (Decreto 1415 de 1940, art. 5º).

De lo anteriormente explicado surge que el dominio eminente es un derecho de naturaleza política y por ello no está ligado a patrimonio estatal. Y que se diferencia del dominio público del Estado en que éste sí tiene contenido económico.

Trátese entonces del dominio eminente o del dominio público, su ejercicio de ninguna manera puede traducirse en que el Estado disponga omnímodamente y a su arbitrio de la propiedad privada, sino que en todo caso habrá de someterse a la normatividad jurídica que tiene en su cúspide a la Constitución Política.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, *decide* confirmar el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha.

Simón Rodríguez Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAPITULO III

ACTOS DE LOS ALCALDES

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL - Límites / IMPUESTO DE EXTRACCION DE MATERIALES

Los Concejos Municipales solamente pueden regular los impuestos que haya autorizado la ley y no existe para gravar como tal la "extracción de maderas" en el listado que recopiló el Decreto 1333 de 1986, en sus artículos 173 a 233.
DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 43 del Decreto 01 de 1987 (Código Tributario) dictado por la Alcaldía Municipal de San Sebastián de Buenavista del Magdalena.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., catorce de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2524. Actor: Carlos Becerra Varona contra Alcaldía Municipal de San Sebastián de Buena Vista. Apelación interlocutorios. Auto.

De plano, como lo autoriza el artículo 155 del C. C. A., se procede a resolver el recurso de apelación que el actor Carlos Becerra Varona interpuso contra el auto de 6 de marzo de 1989, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Magdalena aceptó la demanda de nulidad del artículo 43 del llamado Código Tributario del Municipio de San Sebastián de Buenavista (Magdalena), Decreto 01 de 1987, por el cual se estableció un impuesto del 10% a la extracción de maderas; también se demandó la nulidad de la parte del encabezamiento del Acuerdo número 05 de 1988 (marzo 7) que dice: "Por el cual se conceden facultades al alcalde municipal para reajustar...impuestos de extracción y movilización de maderas...".

La suspensión provisional se solicitó con base en la aparente transgresión de las siguientes normas: a) El artículo 197 de la C. N. en cuyo ordinal 2º permite a los Concejos votar los gravámenes que la ley las autoriza;

b) El Decreto 1333 de 1986 o Código de Régimen Municipal, que autoriza crear impuestos allí enumerados, dentro de los cuales no se encuentra el de extracción de madera;

c) El artículo 259 del mismo Decreto 1333 de 1986 que al incorporar el 39 de la Ley 14 de 1983 reprodujo la prohibición de imponer gravámenes a la producción primaria, agrícola.

El tribunal encontró dudosa la clasificación de la actividad de extracción o explotación de madera: Si se trata de producción primaria o se puede considerar como una actividad industrial (de extracción de recursos naturales). Frente a este dilema no encontró la violación legal de una manera manifiesta y por ello no accedió a decretar la suspensión, aspecto sobre el cual insiste el actor.

Se considera:

El artículo objeto de la acusación está colocado inmediatamente después del artículo 42 que trata de *extracciones varias* y dispone:

> "*Artículo 43.* La extracción de maderas ya sea en bruto o aserrada está sujeta al pago del impuesto de extracción al municipio, sin perjuicio del gravamen que el INDERENA tenga establecido sobre la materia. La tarifa para la extracción de madera es del 10% del valor del producto".

Vale la pena recordar que los alcances de la prohibición a los Concejos Municipales de gravar la producción primaria agrícola y ganadera, como inicialmente la mencionó la Ley 29 de 1963 ha sido motivo de controversia y sobre ella se ocupó *in extenso* la Sala Plena de esta Corporación en fallo de 24 de mayo de 1983 (expediente número 10906, caso de Molinos Doria, Ponente doctor Bernardo Ortiz, *Anales* primer semestre de 1983, págs. 1152 y ss.), en el cual expresó que "... las prohibiciones que dejó vigentes la Ley 69 de 1963 quedaron restringidas a aquellas actividades relacionadas con la producción primaria, agrícola y ganadera y el tránsito de productos alimenticios". Esta prohibición fue reiterada en la Ley 14 de 1983, artículo 39 e incorporada en el Decreto 1333 de 1986, artículo 259.

Pero ciertamente, como lo anotó el tribunal, no deja de suscitar dudas la clasificación de la actividad consistente en la "extracción de maderas ya sea en bruto o aserradas" en cuanto si es agrícola o industrial.

Pero la anterior duda en cuanto a la clasificación de la actividad, pierde importancia frente al hecho de que el Concejo Municipal en el acto acusado la sometió al *impuesto de extracción,* gravamen que tal como está concebido por el legislador se refiere a la extracción de arenas, cascajo y piedras del lecho de los ríos y que el propio Concejo reguló en el artículo 42 titulado "extracciones varias", antes de proseguir en el 44 a la regulación del gravamen a los espectáculos públicos.

En este orden de ideas al actor le asiste la razón al considerar violado el artículo 197, numeral 2º de la Constitución en cuanto los Concejos Municipales solamente pueden regular los impuestos que haya autorizado la ley y no existe para gravar como tal la "extracción de maderas" en en listado que recopiló el Decreto 1333 de 1986 en los artículos 173 a 233. Esta sola circunstancia amerita acceder a la suspensión sin necesidad de avocar el tema de la posible transgresión del artículo 259 *ibídem* que implica definir si cabe o no la mencionada actividad dentro del concepto de producción primaria agrícola.

No entra la Sala a reconsiderar lo relativo al Acuerdo 05 de 1988 no sólo por falta de especial sustentación en este recurso, sino por el hecho de que el aparte acusado pertenece a los "considerandos" o encabezamientos del acuerdo y no a su parte resolutiva.

En consideración a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Revócase el auto de 6 de marzo de 1989 del Tribunal Administrativo del Magdalena, en cuanto dispuso "negar la suspensión provisional pedida" y en su lugar *decrétase* la suspensión provisional del artículo 43 del Decreto 01 de 1987 —Código Tributario— dictado por la Alcaldía Municipal de San Sebastián de Buenavista del Magdalena.

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, ausente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

JUICIO DE POLICIA / ACTO DE POLICIA / ACTO ADMINISTRATIVO

La resolución acusada —que no puede considerarse como providencia de policía de carácter civil—, desconoce la advertencia legal según la cual en los procesos de policía no se controvertirá el derecho de dominio, al determinar que un inmueble no pertenecía al actor sino que era de uso público.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 1045. Demandante: Clovis Puche Cordero.

El señor Clovis Puche Cordero, por apoderado judicial debidamente constituido, ha interpuesto recurso de apelación contra el auto inadmisorio de la demanda, proferido el 10 de agosto de 1988 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en relación con la nulidad de la Resolución 0210, de 5 de abril de 1988, expedida por el Alcalde de Montería, y por el cual se le ordenó la restitución de un bien inmueble en favor del municipio.

Antecedentes:

a) De acuerdo con los términos de la demanda, el acto municipal acusado dispuso que el actor restituyera, en favor del Municipio de Montería, un lote de terreno que hace parte de otro inmueble que es propiedad del actor, con el pretexto que se trata de un bien de uso público. A tal decisión llegó el alcalde, de acuerdo con los términos de la demanda, en virtud de la práctica de una diligencia de inspección judicial la cual, en su concepto, no se celebró con las exigencias legales. Surtidos los recursos de la vía gubernativa la decisión recurrida fue confirmada lo cual llevó al actor a intentar la acción contencioso administrativa;

b) Por su parte, el Tribunal Administrativo de Córdoba, en auto del día 10 de agosto de 1988, decidió inadmitir la demanda alegando que de acuerdo según los términos del artículo 82 del C. C. A., la

jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituida para decidir las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades que cumplen funciones públicas; que la nombrada jurisdicción carece de competencia para conocer de providencias proferidas en juicios de policía de carácter penal y civil;

c) Inconforme con la decisión del tribunal mediante escrito de sustentación del recurso de apelación, el actor ha manifestado que el carácter policivo que se ha pretendido encontrar en el asunto es tan solo aparente. Que el fondo del asunto es la negativa a reconocer en el actor el carácter de propietario de terreno en cuestión; y no sólo el desconocimiento sino la decisión de declararlo sencillamente, y sin más, como bien de uso público, cuando según lo afirma el actor, posee la debida titulación que ampara su estado de propietario.

Consideraciones de la Sala:

El punto central de la cuestión, la razón por la cual el Tribunal Administrativo de Córdoba decidió inadmitir la demanda, es la consideración de que lo decidido por el alcalde de Montería respecto a un terreno que el actor alega que es suyo es sencillamente una cuestión de "carácter policivo en materia civil" que según lo estatuido en el artículo 82, inciso tercero, escapa de la competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Para resolver se considera:

La decisión que ha tomado el tribunal no puede basarse simplemente en la consideración de que el alcalde municipal es un funcionario de policía y que la cuestión versó sobre un inmueble (lo cual descarta, en principio la materia penal) para concluir, sin más que la decisión del alcalde era "una providencia dictada en un juicio de policía de carácter civil".

De lo anterior surgen dos puntos esenciales por definir: 1. Es relativo a qué se decide una providencia de policía; 2. Si mediante tal actividad se puede desconocer el derecho de propiedad privada, puntos sobre los cuales versó la decisión administrativa acusada.

1. La medida de policía tiene por objeto (de acuerdo con las precisiones del Código Nacional de la materia —Decreto-ley 1355 de 1970—) la protección de los habitantes del territorio colombiano *en su libertad y en sus derechos que de ésta se derivan,* por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho (art. 1º).

2. En relación con el derecho de propiedad, establece el artículo 122 *ibídem* lo que transcribe a continuación:

> *"La policía no puede intervenir para limitar el ejercicio del derecho de propiedad,* sino por vía de seguridad, salubridad y estética públicas" (las subrayas son de la Sala).

Por su parte, el artículo 126 es más terminante aún:

> *"En los procesos de policía no se controvertirá el derecho de dominio* ni se considerarán las pruebas que se exhiban para acreditarlo".

Lo anterior se estima suficiente para inferir:

I. Que la decisión del alcalde municipal no puede considerarse como "providencia de policía de carácter civil".

II. Que la resolución acusada desconoció la advertencia legal antes citada y en forma breve y sumaria determinó que el inmueble en cuestión no pertenecía al actor sino que era de uso público. Lo anterior revela la improcedencia de la decisión del tribunal pues la conducta administrativa que lesiona seriamente una situación jurídica concreta sin control alguno.

Lo anterior es suficiente para decidir como en efecto se hace.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, *resuelve:*

1. Revócase el auto apelado.

2. Admítese la demanda de nulidad, instaurada contra la Resolución número 0210 de 5 de abril de 1988, expedida por el señor alcalde de Montería.

Para ello se dispone:

a) Notifíquese personalmente al mencionado alcalde;

b) Notifíquese personalmente al señor Fiscal Segundo ante la Corporación;

c) Fíjese en lista por el término de diez (10) días para que los demandados, y los intervinientes si los hubiere puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

d) Solicítese al señor alcalde de Montería los antecedentes administrativos del acto acusado.

El tribunal dará cumplimiento a lo ordenado en los literales a), b), c) y d).

3. El tribunal proveerá sobre la suspensión provisional alegada en el escrito de la demanda.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Simón Rodríguez Rodríguez, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

RUTAS Y HORARIOS / ALCALDE - Prohibición

Mediante el decreto demandado, el alcalde de Floridablanca desconoció e interpretó mal el artículo 91 del Decreto 1066 de 1988 al adjudicar unas rutas de transporte urbano sin contar con la aprobación o consenso de las autoridades de los municipios del área metropolitana.
CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 4º del Decreto 00263 de 1988 (noviembre 22) expedido por el alcalde municipal de Floridablanca (S.), decretada en auto de mayo 10 de 1989 del Tribunal Administrativo de Santander.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente número 1207. Actor: Jorge William Sánchez Latorre.

Decide de plano la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora —Transportes Limitada S. A.— contra el auto admisorio de la demanda proferido por el Tribunal Administrativo de Santander de 10 de mayo de 1989, en cuanto en él se decretó la suspensión provisional del artículo 4º del Decreto 00263 de noviembre 22 de 1988 expedido por el alcalde municipal de Floridablanca (Santander).

El auto apelado:

La medida cautelar fue decretada mediante las siguientes argumentaciones:

"La fundamentación jurídica de la petición de esta medida provisoria consiste, en síntesis, en que los autos administrativos acusados, específicamente el artículo cuarto del Decreto 00263 de 22 de noviembre de 1988, son violatorios del artículo 91 del Decreto 1066 de 1º de junio de 1988, que textualmente reza:

" 'Para la creación de nuevas empresas cuyas rutas sirvan más de un municipio dentro del área metropolitana o para la adjudicación o cancelación de rutas con estas características, *se requiere de un con-*

senso de las autoridades competentes por cuya jurisdicción pase la ruta. Se levantará un acta firmada por las correspondientes autoridades, *la cual servirá de base* para que la autoridad *en cuya jurisdicción se encuentre la sede de la empresa,* dicte el acto administrativo correspondiente' (se subraya en la demanda).

"Verificada por la Sala la respectiva confrontación se observa lo siguiente:

"1º El referido decreto, por el cual se dicta el Estatuto Nacional de Transporte Público Municipal colectivo de pasajeros y mixto, establece la competencia para el manejo, organización, control y vigilancia de la actividad transportadora municipal cuando se trata de áreas metropolitanas, en los artículos 89 y 92.

"2º Del texto del artículo 4º del decreto impugnado se deduce que las rutas adjudicadas a la empresa Lusitania S. A., para prestar el servicio de transporte de pasajeros de vehículos automóviles tipo taxi, comprenden más de un municipio, 'puesto que el recorrido asignado pasa por comprensión territorial de Bucaramanga'.

"3º Es un hecho notorio, que como tal no requiere prueba, que el municipio de Floridablanca pertenece o hace parte integrante del Area Metropolitana de Bucaramanga. En consecuencia, por esta razón y por la anotada en el punto anterior, debía someterse a lo dispuesto en la norma transcrita; esto es, que la adjudicación de las *rutas* fuera el resultado de 'un consenso de las autoridades competentes por cuya jurisdicción pase la ruta'.

"4º Del contenido del acto acusado se deduce que este procedimiento, que debe constar en un acta que se levantará con la firma de las diferentes autoridades y que servirá de base para proferir el acto administrativo correspondiente, no se cumplió, puesto que expresamente se acepta y en su lugar se dispone en el *parágrafo* único del artículo 4º del acto demandado; 'para que las rutas descritas en el presente artículo operen en la jurisdicción que corresponde a Bucaramanga, de conformidad con el artículo 91 del Decreto 1066 de 1988, requerirán el visto bueno y asentimiento del señor alcalde de Bucaramanga', condicionamiento que no suple la ausencia del trámite aludido.

"5º El funcionario competente para dictar el acto administrativo de adjudicación de las rutas en cuanto a Empresa Lusitania S. A., se refiere, lo es el alcalde metropolitano de Bucaramanga, porque la misma norma determina que la competencia radica en la autoridad en cuya jurisdicción se encuentre la sede de la empresa y de acuerdo con el certificado de la Cámara de Comercio sobre existencia y representación, el domicilio de la citada empresa lo es la ciudad de Bucaramanga".

Argumenta el recurrente que en una medida como la de suspensión provisional no deben mediar pruebas que no tengan que ver con la expedición del acto y su trámite para la misma, ni ajenos mucho menos al acto mismo como los que se tuvieron en cuenta por el tribunal para decretar la cautela.

Que bajo los supuestos de hecho contenidos en el certificado de la Cámara de Comercio sobre el domicilio comercial de la sociedad demandada y en aplicación del artículo 83 del C. C. cualquiera de las sedes o agencias de la compañía pueden ser domicilio y en este evento teniendo en cuenta que con antelación a la expedición del acto acusado la sociedad apelante había solicitado y obtenido del Municipio de Floridablanca autorización para ubicar en él la sede de funcionamiento y operación, como obra al folio 55 la prueba de ello.

Por último estima la parte apelante que la competencia no puede ser apreciada a la ligera como lo hizo el tribunal, pues de las normas aplicables al caso podría surgir, la competencia para el alcalde municipal de Floridablanca y no para el alcalde metropolitano.

Consideraciones de la Sala:

Conforme lo asevera el recurrente respaldado en el texto explícito del artículo 152 del C. C. A., para suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo se requiere de extrema prudencia, para no anticipar un juzgamiento del acto. Se impone una manifiesta y ostensible violación de norma superior, que surja a simple vista de la comparación de ésta con el acto transgresor.

En la providencia recurrida el tribunal encontró precisamente que dicha circunstancia se presenta de manera clara en el proceso cuando quiera que el alcalde de Floridablanca mediante el artículo 4º del Decreto 00263 de 22 de noviembre de 1988 desconoció e interpretó mal el artículo 91 del Decreto 1066 de 1º de junio de 1988 al adjudicar unas rutas de transporte urbano a la Empresa de Transportes Lusitania S. A. sin contar con la aprobación o consenso de las autoridades de los municipios del área metropolitana de Bucaramanga por las cuales pasan las rutas materia de adjudicación.

Circunscrita la controversia planteada a la recta aplicación del Decreto 1066 de 1988 o Estatuto Nacional del Transporte Colectivo de pasajeros y mixto, se tiene lo siguiente:

1. Es incontrovertible que en desarrollo de lo preceptuado en el artículo 198 de la Constitución Nacional el área metropolitana de Bucaramanga fue creada y actualmente funciona en cumplimiento de ordenanza departamental (fls. 30 y 33), compuesta por los funcionarios de Bucaramanga, Floridablanca y Girón "cuyo núcleo principal es Bucaramanga".

2. Tampoco se presta a dudas la disposición contenida en la Ordenanza número 10 de 1988 de la Asamblea del Departamento de Santander (fl. 33) en virtud de la cual y también en desarrollo del artículo 193 de la C. N., se asignó al alcalde metropolitano de Bucaramanga la función de manejo, organización, control y vigilancia de la actividad transportadora municipal en la jurisdicción de su área metropolitana "con sujeción a lo previsto en el Decreto 1066" supracitado.

3. Es igualmente cierto que mediante el acto acusado, esto es el ordinal 4º del Decreto 00263 de 1988, el alcalde de Floridablanca, asignó a la Empresa de Transportes Lusitania S. A. varias rutas para servicio de pasajeros en automóviles *de lujo* o taxis, las cuales entrelazan zonas del área metropolitana sin que para ese efecto hubiera contado con la aquiescencia o aprobación del alcalde de Bucaramanga como perentoriamente lo exige el artículo 91 del Decreto 1066, o Estatuto Nacional del Transporte, en los siguientes términos:

"Para la creación de nuevas empresas cuyas rutas sirvan más de un municipio dentro del área metropolitana o para la adjudicación o cancelación de rutas con estas características se requiere de un consenso de las autoridades competentes por cuya jurisdicción pase la ruta. Se levantará un acta firmada por las correspondientes autoridades, la cual servirá de base para que la autoridad en cuya jurisdicción se encuentre la sede de la empresa, dicte el acto administrativo correspondiente".

4. Con tales antecedentes no cabe la menor duda de que en el caso *sub examine* se incurrió en el quebrantamiento del artículo 91 del Decreto 1066 de 1988 por parte de la norma acusada, al arrogarse, inconsultamente, el alcalde de Floridablanca una facultad que no le correspondía sin contar con la aprobación, cuando menos, del alcalde o primera autoridad del Municipio de Bucaramanga a quien se le asignó la función del manejo y control de la actividad transportadora dentro del Area Metropolitana, según reza la Ordenanza número 10 de 1988 de la Asamblea del Departamento de Santander, supracitado, lo cual cobra aún más validez si se tiene en cuenta que el parágrafo del artículo 4º demandado somete a *posteriori* "el visto bueno y asentimiento" de las rutas asignadas al alcalde de Bucaramanga, siendo que esa aprobación según el artículo 91 del Decreto 1066 debe preceder a la resolución, para que se "dicte el acto administrativo correspondiente", sea o no, sede de la empresa beneficiada con la adjudicación de rutas, el Municipio de Floridablanca.

Tiene, pues, plena razón el tribunal en su proveído materia del recurso y en tal virtud la Sala resuelve:

Confírmase el ordinal 2º de la parte resolutiva del auto objeto del recurso de apelación.

Ejecutoriada la anterior providencia, vuelva el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, ausente; *Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PARQUE AUTOMOTOR - Incremento / SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE / SUSPENSION PROVISIONAL

Ante las disposiciones de carácter general y obligatorias contenidas en normas tales como el literal g) del artículo 1º del Decreto-ley 80 de 1987, y artículos 20 a 23 y 48 del Decreto 0265 de 1988, reglamentario del anterior, surge la flagrante violación en que incurren las disposiciones demandadas sobre incremento del parque automotor, en tal forma que se hace operante la medida precautelativa provisoria que establece el artículo 152 del C. C. A.
Confirma la SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 767 de 21 de diciembre de 1988 expedido por el Alcalde de Medellín.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 1262. Actor: Jorge León Montoya N.

Resuelve la Sección Primera el recurso de *apelación* intentado por el alcalde de Medellín y por la interviniente Aura María Pérez Henao contra el proveído de 10 de febrero de 1989, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda, decretó la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º y 3º del acto administrativo acusado y tomó otras determinaciones. El recurso lo enfocan los impugnadores contra la medida cautelar dispuesta por el *a quo*.

El acto acusado:

Los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 767 de 21 de diciembre de 1988 expedido por el alcalde de Medellín, artículos materia de la medida cautelar atacada en apelación, dicen lo siguiente:

"Artículo primero: Fíjase un incremento del parque automotor en la modalidad de taxis para el año de mil novecientos ochenta y nueve (1989) en la ciudad de Medellín, en un máximo de un mil (1.000) vehículos nuevos.

"Parágrafo: Destínase para la Corporación Financiera del Transporte, un total de 300 cupos por incremento para los vehículos tipo

taxi, que adjudica dicha entidad. La adjudicación y entrega de cupos, será a través de la Secretaría de Transportes y Tránsito de Medellín, de acuerdo a los procedimientos previamente establecidos para ello.

"Artículo segundo: Estímase la reposición de vehículos tipo taxi en el servicio urbano, para el año de mil novecientos ochenta y nueve (1989) en un mil cien (1.100) vehículos.

"Parágrafo: La Corporación Financiera del Transporte, tendrá por derecho propio, para efectos de reposición, un total de 200 vehículos.

"Artículo tercero: Fíjese la capacidad transportadora máxima para las empresas de taxis de servicio urbano, en un número no superior al veinte por ciento (20%) del total del parque automotor existente en la ciudad de Medellín, de acuerdo con las estadísticas, que para tal efecto, disponga la Secretaría de Transportes y Tránsito.

"Parágrafo: A las empresas de taxis de servicio urbano, que a partir de la vigencia del presente decreto, sobrepasen el porcentaje referido, les quedará congelada su capacidad transportadora en el número excedente".

El proveído apelado:

Para tomar la determinación de suspender provisoriamente los tres primeros artículos del Decreto 767 del alcalde de Medellín, el tribunal de origen en síntesis se fundamenta en lo siguiente:

Comienza diciendo el *a quo* que sólo contra los 3 artículos iniciales del decreto atacado se formulan cargos de ilegalidad por el actor, aunque la demanda y la medida precautelativa se dirigen contra todo el decreto. El decreto acusado se emitió invocando las facultades dadas por "el Decreto-ley 80, artículo 1º, literal g), y reglamentario 1066", sin señalar fechas de expedición de estas normas, "pero es indudable que se refiere al Decreto-ley 80 de 1987 y al Decreto 1066 de 1988". Dicho Decreto-ley 80 de 1987 "se encamina a desarrollar la descentralización administrativa asignando a los municipios algunas funciones en relación con el transporte urbano" y transcribe los literales g) y h) del artículo 1º de tal decreto, lo mismo que el artículo 1º de la Ley 15 de 1959, literal b). Acto seguido transcribe los artículos 20, 21, 22 y 23 del Decreto 0265 de 1988, reglamentario del Decreto-ley 80 de 1987, sobre regulación del ingreso de vehículos al parque automotor (Capítulo IV).

Continúa diciendo el auto apelado: "De acuerdo con los parágrafos primero y segundo del artículo 21, la fijación por los alcaldes del número de vehículos tipo taxi que van a ingresar por incremento o reposición durante el año siguiente, en el territorio de su jurisdicción, debe hacerse dentro de los quince primeros días del mes de septiembre

de cada año, so pena de que se entienda, de no hacerlo dentro de ese plazo, que no se requiere incrementar el parque automotor en esa modalidad, y en consecuencia no puede adjudicarse cupos de incremento en dicho año. Precisamente por esta razón, al establecer el INTRA el número de vehículos tipo taxi que pueden ingresar al servicio público, no incluyó las necesidades del Distrito Especial de Bogotá y de Medellín (Resolución 01653 de 27 de octubre de 1988, art. 1º, parágrafo, fl. 7). El acto acusado fue expedido el 21 de diciembre de 1988, por fuera del plazo señalado en la norma de rango superior que estaba llamado a acatar el alcalde, motivo por el cual los artículos 1º y 2º violan en forma manifiesta el artículo 21 del Decreto 0265 de 1988, verificable a través de una sencilla comparación, por lo que habrán de suspenderse provisionalmente, tal como lo permite el artículo 152 del C. C. A. Igual conclusión se sigue con respecto al artículo 3º que se opone en franca rebeldía al artículo 48 del Decreto 0265 de 1988, y según el cual 'las empresas de transporte que tengan licencia de funcionamiento para prestar el servicio público en vehículos tipo taxi, *no estarán sometidos a límites máximos de capacidad transportadora, en cuanto se refieran a este tipo de vehículos*' (Las subrayas no son del original)".

Razones de los apelantes:

En primer lugar, el apoderado del alcalde de Medellín fundamenta su apelación con base en lo que sustancialmente alega el mismo alcalde en su escrito en donde formula el recurso y parejamente lo sustenta (fls. 40 a 42). Dice el apelante que para que resulte la suspensión provisional de la simple comparación que exige el artículo 152 del C. C. A., frente a la presunción de legalidad del acto administrativo, "hay que entender que dicha confrontación no puede realizarse con cualquier norma dentro del ordenamiento jurídico, sino que es necesario que la misma se realice entre la que sirve de sustento al acto administrativo cuestionado, con una superior" y que en el caso presente el alcalde tuvo como sustento esencial el Decreto-ley 80 de 15 de enero de 1987 en los literales g) y h) de su artículo 1º, los cuales transcribe, por lo que no es dable la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 767 de 1988.

Por su parte la otra impugnadora en apelación, la interviniente Aura María Pérez Henao, de la misma manera que el alcalde de Medellín, fundamenta en esencia su recurso en los literales g) y h) del artículo 1º del Decreto-ley 80 de 1987, siguiendo las pautas que en su memorial trazó el alcalde de la capital antioqueña (Cfr.: fls. 50-54).

Por extemporánea, no se considera la apelación propuesta por el apoderado de la Corporación Financiera del Transporte, a quien el *a quo*, por aquella razón, no concedió el recurso apelatorio, según su providencia del folio 66.

Se considera:

Como lo dice expresamente en su encabezamiento el acto administrativo acusado y así lo indican también los apelantes, el Decreto 767 de 1988 (fl. 9-10) lo emitió el alcalde de Medellín invocando las facultades conferidas por el "literal g) del artículo 1º del Decreto-ley 80 de enero 15 (de 1987) y el reglamentario" 1066 (de 1988). Primeramente, como señala el *a quo* en el auto apelado, este Decreto 1066 de 1988 adopta el "Estatuto Nacional de Transporte Público, Municipal, Colectivo de Pasajeros y Mixto", es decreto no simplemente "reglamentario", sino dictado por el Ministro de Gobierno delegatario de funciones presidenciales "en desarrollo del Decreto 1000 de 1988 y en uso de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las conferidas en los artículos 30, 32, 39 y 120, ordinal 3º de la Constitución Política y Ley 15 de 1959".

Pues bien: Expresa el literal g) del artículo 1º del Decreto-ley 80 de 1987 lo siguiente:

"Corresponde a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá, a partir de un año de la vigencia del presente decreto, el ejercicio de las siguientes funciones, sin perjuicio de aquellas que les hayan sido atribuidas por anteriores disposiciones: (...) g) Señalar el número de vehículos tipo taxi que pueden ingresar anualmente al servicio público del transporte en el territorio de su jurisdicción y expedir las autorizaciones de que tratan las distintas normas fijadas al respecto por la Junta Directiva del INTRA y el Gobierno nacional".

A su turno, el Decreto 0265 de 8 de febrero de 1988, "por el cual se reglamenta el Decreto 80 de 1987, en lo relacionado con el servicio público de transporte en vehículos tipo taxi", dictado por el Presidente de la República con las firmas de sus Ministros de Obras Públicas y Transporte y de Desarrollo Económico "en ejercicio de las facultades que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y la Ley 15 de 1959", expresa en sus artículos 20 a 23 lo siguiente:

> "*Artículo 20.* Entiéndese como ingreso de automóviles tipo taxi al servicio público de transporte, la vinculación de nuevos vehículos al parque automotor de este servicio en una ciudad".
>
> "El ingreso podrá ser por incremento o por reposición. Será por incremento cuando la vinculación implique un aumento en el número de taxis que operan en la ciudad correspondiente y será por reposición cuando la vinculación se realice para sustituir otro que se encuentre matriculado en el servicio público. El taxi a sustituir deberá pasar al servicio particular y no podrá utilizar los colores autorizados para el servicio público. De igual manera se podrán reponer

aquellos vehículos que salgan en forma definitiva de circulación, previa cancelación de la matrícula".

"*Artículo 21.* El Instituto Nacional del Transporte realizará los estudios técnicos necesarios para determinar el número de vehículos tipo taxi que se requieren anualmente en las diferentes ciudades del país en donde se preste este tipo de servicio. Dichos estudios serán suministrados a los alcaldes metropolitanos, municipales y al alcalde mayor de Bogotá a efecto de ser tenidos en cuenta para la fijación del número de vehículos tipo taxi que pueden ingresar anualmente en el territorio de su jurisdicción".

"*Parágrafo 1º* Los alcaldes metropolitanos, municipales y alcalde mayor de Bogotá deberán proferir dentro de los quince (15) primeros días del mes de septiembre de cada año, el acto administrativo en el cual fije en forma discriminada el número de vehículos tipo taxi que van a ingresar por incremento y los que estimen que ingresarán por reposición durante el año siguiente al territorio de su jurisdicción. Con esta información, el Instituto Nacional del Transporte emitirá la providencia en la cual se establezcan las necesidades de vehículos tipo taxi para cada una de las ciudades del país".

"*Parágrafo 2º* Los alcaldes que no profieran el acto administrativo señalando el número de vehículos que deben ingresar al parque automotor de su jurisdicción en el plazo fijado, indicará con esta conducta que no se requiere incrementar el parque automotor en esta modalidad. En consecuencia la autoridad competente no podrá adjudicar cupos de incremento en dicho año".

"*Artículo 22.* El Ministerio de Desarrollo Económico, el Instituto de Comercio Exterior y la Superintendencia de Industria y Comercio, tendrán en cuenta las recomendaciones del Instituto Nacional del Transporte sobre las necesidades de vehículos tipo taxi por incremento y reposición, antes de aprobar las importaciones, ensamble o fabricación de tales equipos".

"*Artículo 23.* El Ministerio de Desarrollo Económico, a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, coordinará con las ensambladoras y los importadores la distribución de vehículos tipo taxi para las diferentes ciudades teniendo en cuenta la resolución de que trata el parágrafo primero del artículo 21 del presente decreto así como las decisiones del Ministerio de Desarrollo Económico a que se refiere el artículo 22".

Del mismo Decreto 0265 de 1988 es la siguiente disposición:

"*Artículo 48.* Las empresas de transporte que tengan licencia de funcionamiento para prestar el servicio público en vehículos tipo taxi, no estarán sometidas a límites máximos de capacidad transportadora, en cuanto se refiere a este tipo de vehículos".

Y por su parte, el Instituto Nacional del Transporte, INTRA, en cumplimiento de lo dispuesto en la parte final del parágrafo 1º del artículo 21 del Decreto 0265 de 1988, transcrito arriba, con fecha 27 de octubre de 1988 profirió la Resolución número 01653, en cuyo parágrafo de su artículo 1º (V. fl. 7 del informativo) dispone:

"*No se incluyen las necesidades* del Distrito Especial de Bogotá y *del Municipio de Medellín*, por cuanto las autoridades correspondientes no fijaron dentro de los términos establecidos por la ley el número de vehículos requeridos para 1989" (Se ha destacado).

Ante las anteriores disposiciones de carácter general y obligatorio acabadas de transcribir, vigentes con anterioridad a la emisión del decreto municipal acusado, que lleva fecha de 21 de diciembre de 1988, surge espontánea y claramente la flagrante violación en que incurren los artículos 1º, 2º, 3º del Decreto municipal 767 de 1988 como resultado de la sencilla comparación con las superiores disposiciones transcritas, en tal forma que ciertamente se hace operante la medida precautelativa provisoria que establece el artículo 152 del C. C. A. y que adoptó el *a quo*, materia del recurso de apelación. En consecuencia, sobra otra consideración para concluir que debe optar la Sala a la confirmación del proveído objeto de apelación, pues los cargos de los apelantes no tienen vocación de prosperar.

Por lo que se deja considerado, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado

Resuelve:

Primero. Confirmar la providencia de fecha 10 de febrero del corriente año, mediante la cual en su punto segundo el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, suspendió provisionalmente los efectos de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto número 767 de 21 de diciembre de 1988, emanado de la Alcaldía de Medellín.

Segundo. Se hacen las prevenciones que sobre reproducción del acto suspendido provisoriamente trae el artículo 158 del C. C. A.

Tercero. Sin costas en el recurso (C. C. A., art. 171).

Cuarto. Una vez ejecutoriada esta providencia 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 veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ISLAS DEL ROSARIO/BALDIOS/RESERVA TERRITORIAL DEL ESTADO-Enajenación/ALCALDE/NORMAS DE URBANISMO/CLASIFICACION DE TIERRAS/INCORA/COMPETENCIA

Siendo las Islas del Rosario baldíos que pertenecen a la Nación y siendo también reservas territoriales de ésta e inenajenables, le está vedado al alcalde interferir, impedir, restringir o perturbar en tal derecho de dominio.
No se compadece con la función que el Estado cumple con los bienes que conforman las Islas del Rosario, su encuadramiento en el sistema urbano de Cartagena pues además de desplegarse en ésta facultades que pugnan con las que legalmente corresponden a la Nación al respecto, desvirtúan la finalidad de uso común anotada para darle prelación al objeto urbanístico que por el contrario está inspirado en el interés particular de lucro.
El INCORA tiene competencia para clarificar la propiedad de las tierras, con fundamento en el literal d) del artículo 3º de la Ley 135 de 1961.
Nota de Relatoría: En este último punto se reitera lo dicho en sentencias de 21 de enero de 1972, Sección Tercera, actor: Jairo Gutiérrez y otros, expediente 1070, y de 1º de diciembre de 1988, Sección Tercera, actor: Cementos del Caribe y Parrish & Cía. S. A., expediente 3489.

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

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número 805. Actor: Procurador Delegado en lo Civil.

El doctor Guillermo Mendoza Diago, en su carácter de Agente del Ministerio Público en el proceso de la referencia, ha interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, de agosto 21 de 1987, desestimatoria de las pretensiones de la demanda pues no se accedió a declarar la nulidad del Decreto 184 de 1978 (julio 21), expedido por el señor alcalde mayor de la ciudad de Cartagena, en sus artículos 12 y parágrafo; 13 y parágrafo; 32, literal d); 84, en la frase "Sector. Isla del Rosario"; 195, 196, 197, 199; 200, 203, 204, 205, 206 y 207.

I. El acto acusado:

Es el Decreto 184 de 21 de julio de 1978 expedido por el señor alcalde mayor de la ciudad de Cartagena "por el cual se establecen y reglamentan los instrumentos que implementan el plan de desarrollo del Municipio de Cartagena 1978-1990", de conformidad con las autorizaciones a él conferidas por el Acuerdo número 32 de 26 de diciembre de 1977 del Concejo Municipal de esa localidad (art. 23), teniendo en cuenta los estudios básicos y proyectos elaborados por la Oficina de Planeación Municipal y la aprobación impartida a ellos por la Junta de Planeación Municipal.

Los instrumentos que implementan el mencionado plan están contenidos en los siguientes documentos: El Código de Urbanismo (arts. 4º a 911) en el cual están comprendidos los preceptos impugnados, el Código de Construcciones (arts. 912 a 1719) y el Plan de Inversiones Públicas Municipales para el período de 1978-1981 (arts. 1770 a 1785).

Las normas enjuiciadas de dicho decreto son las siguientes:

El artículo 12 que fija el perímetro urbano del Municipio de Cartagena y en su parágrafo dispone que se incluye en dicho perímetro, entre otros, el archipiélago de las Islas del Rosario.

El artículo 13 según el cual el área de dicho perímetro para la aplicación de los distintos proyectos específicos, en especial los de dotación de servicios públicos, se divide en área urbana y suburbana y en su parágrafo se incluye el mencionado archipiélago en esta última.

El artículo 32 que luego de definir como área de reserva turística las ubicadas dentro del Municipio de Cartagena que por su localización de playas y elementos de atracción general, ofrece y presenta condiciones propias para los diversos desarrollos de carácter turístico; procede en el literal d) a incluir en dicha área: "Las Islas del Rosario: Comprende el grupo de islas, con Isla Grande en el centro, Isla Arena en el sur, Isla del Rosario en el occidente, Isla del Tesoro en el Norte y Periquitos en el oriente y en su conjunto conforman el archipiélago de las Islas del Rosario".

El artículo 84 clasifica, por su ubicación las zonas de reserva turística e incorpora dentro de éstas el "Sector. Isla del Rosario".

Los artículos 195 a 196 están comprendidos en el capítulo denominado "Sector Islas del Rosario" y tratan sobre lo siguiente:

El artículo 195 previene que los distintos usos de la tierra así como las demás normas urbanísticas, de construcción y del sector estarán sujetos a las disposiciones de los Códigos de Urbanismo y de Construcción y a las que se señalan en los artículos siguientes.

El artículo 196 adopta como Plano Oficial de Zonificación del Area del Archipiélago de las Islas del Rosario el elaborado para los fines del presente decreto y suscrito por el alcalde mayor de Cartagena, el gerente de la Corporación Nacional de Turismo y el Director de la Oficina de Planeación Municipal.

El artículo 197 clasifica el susodicho archipiélago en atención a los usos de la tierra así: El Parque Nacional Natural "Los Corales del Rosario" delimitado por el Acuerdo 26 de marzo de 1977 del Instituto Nacional de Recursos Naturales —INDERENA— y comprende el área semisumergida, arrecifes y áreas marinas y submarina (numeral 1) y las islas, o sea la tierra firme de éstas no incluidas en el anterior parque y determinada como zona de reserva turística por la Corporación Nacional de Turismo.

El artículo 198 dispone en relación con el mentado Parque Nacional Natural "Los Corales del Rosario" que para todos los efectos regirán las normas del "Decreto 622 de 1977 —Código de Recursos Naturales—", y las demás aplicables a tal clase de parques y las contenidas en el Acuerdo 26 del INDERENA. Y a cargo de este instituto está la aplicación y control de las expresadas normas.

El artículo 199 contempla los usos permitidos, el 200 la congelación del área para nuevas construcciones y el 201 la terminación de construcciones ya iniciadas.

El artículo 201 prohíbe cualquier clase de relleno sobre bajos coralinos, arenosos o de otro tipo, así como la extracción de coral y arena para ser utilizados en construcciones complementarias o mantenimiento de las ya existentes.

El artículo 203 se refiere al tratamiento de los desechos sólidos y líquidos, según el reglamento y aprobación del Servicio Seccional de Salud de Bolívar debiendo contar en cada caso con la coordinación del INDERENA.

El artículo 204 entrega a dicha Seccional la reglamentación del sistema de recolección de basuras.

El artículo 205 establece que las plantas desalinizadoras no podrán expulsar sales residuales y al igual que las aguas dulces servidas, deben ser eliminadas a través de sumideros. La instalación y el funcionamiento de tales plantas debe ser supervisado por el INDERENA.

No permite el artículo 206 la tala de bosque formado por las especies de árboles conocidas en conjunto como mangle, así como cualquier tipo de bosque, exceptuando en este último caso la realizada exclusivamente para uso casero, mas con autorización previa del INDERENA.

II. Antecedentes:

A) La demanda que sirvió de origen a la decisión del tribunal se basó en los hechos que, en síntesis, se presentan así:

1º El Concejo Municipal de Cartagena (Bolívar), mediante Acuerdo 32 de 1977 adoptó el régimen de desarrollo urbano para la ciudad y su área metropolitana; además, confirió autorización especial al alcalde mayor para que, previa aprobación de la Junta de Planeación Municipal, estableciera y reglamentara los instrumentos de implementación (sic) de las políticas de desarrollo regional y urbano del Municipio de Cartagena, señaladas en el acuerdo, específicamente sobre las siguientes materias:

a) Delimitación del perímetro urbano y del perímetro sanitario;

b) Delimitación de las áreas de reserva;

c) Sectorización del área urbana;

d) Zonificación y normas urbanísticas específicas;

e) Reglamentos de lotificación y de construcción;

f) Plan vial y de transportes;

g) Definición de impuestos y estímulos que se identifican con las políticas expuestas;

h) Plan de inversiones públicas municipales.

2º En tal virtud, el alcalde mayor expidió el Decreto 184 de 1978 excediendo la facultad otorgada, pues al describir el perímetro urbano, incluyó el archipiélago Islas del Rosario, desconociendo el hecho de que las porciones insulares corresponden a la Nación e integran la *reserva territorial del Estado* (subraya el actor), de acuerdo con la Ley 106 de 1873, artículo 878 y el Código Fiscal de 1912, artículos 45, literal b) y 107.

3º Al incluirse el archipiélago en el perímetro urbano de la ciudad, quedó sujeto al régimen administrativo municipal, sin que hubiera competencia para ello, pues como lo establece el artículo 6º de la Constitución Nacional, tales materias son de competencia exclusiva del legislador.

4º El Acuerdo 32 de 1977 sólo buscaba controlar el exagerado crecimiento de la ciudad y la preservación y defensa de los recursos naturales, finalidad que fue desviada por la conducta del alcalde por tener origen en otra clase de motivaciones. La demanda relata sobre este punto lo siguiente:

"Finalidad que no es la misma que tuvo en cuenta el alcalde para proceder a delimitar el perímetro urbano de la ciudad y que lo llevó a incluir dentro de éste el *archipiélago de las Islas del Rosario,* sobre el cual el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, mediante Resolución 11710 de 17 de junio de 1968, había ordenado iniciar procedimiento administrativo tendiente a clarificar la propiedad de sus islas. Esta finalidad se demuestra claramente porque aparece plasmada en los antecedentes que constituyen la Memoria Técnica Sustentativa del Plan de Desarrollo, donde se lee textualmente:

"El temor a que sean incorados terrenos del municipio que por no estar incluidos en el perímetro urbano, son rurales y en consecuencia sometidos a la jurisdicción del INCORA y que tienen otra vocación, por ejemplo turística, ha dado fundamento para que el Concejo modifique el perímetro urbano incluyendo áreas que no deben considerarse por lo menos en el momento actual como urbanizables" (fl. 74 del cuaderno de la demanda).

El alcalde mayor de Cartagena incurrió en abuso o desvío de poder pues el motivo que tuvo para actuar era diferente al previsto por el Concejo que lo facultó para determinar el perímetro urbano pero no para incluir porciones insulares de propiedad de la Nación; mucho menos para reglamentar aspectos que sólo corresponde regular al legislador.

B) Notificado de la admisión de la demanda, el alcalde otorgó poder; expirada la oportunidad legal no hubo, sin embargo, contestación de la demanda.

C) No habiendo pruebas por practicar el tribunal corrió en traslado el proceso para los alegatos de conclusión, oportunidad dentro de la cual alegaron el actor, Procurador Delegado en lo Civil y el Fiscal Segundo del Tribunal.

1º El Procurador Delegado en lo Civil, en síntesis afirma que sólo al legislador compete dictar estatutos especiales para las Islas del Rosario; que ciertamente el acuerdo municipal dio facultades al alcalde mayor pero que éste excedió el ámbito que se le había señalado pues alegó hacerlo en virtud de la facultad para delimitar el perímetro urbano de la ciudad; que al incluir en éste las Islas del Rosario lo hizo con la pretensión de someterlas al mismo régimen urbano de la ciudad, ante todo con fines turísticos, "que permiten su urbanización y por lo tanto la destrucción de su ecosistema" (y), "se efectuó con pleno conocimiento de que ante el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— se adelantaban las diligencias administrativas de clarificación de la propiedad sobre las mismas" (fl. 61, del cuaderno de demanda).

2º El señor Agente del Ministerio Público inicia la vista fiscal recordando que la facultades otorgadas por el Concejo Municipal de Cartagena tenían por objeto "frenar el incontrolado y desarticulado crecimiento de la ciudad, como también la preservación y defensa de los recursos naturales y del medio ambiente"; que por el contrario, el alcalde mayor no se limitó al cumplimiento de estas finalidades sino que inició procedimiento para la clarificación de la propiedad de las islas que tienen vocación turística (fl. 64); al planteamiento anterior, el señor Fiscal agrega que las zonas involucradas en la decisión acusada, a más de ser porciones insulares han sido declaradas parque nacional cuya administración corresponde al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —INDERENA—. En conclusión, demanda que el fallador, en la sentencia, acceda a cada una de las pretensiones propuestas por el actor.

III. Sentencia apelada:

Tras repetir la argumentación llevada a cabo al admitir la demanda y en que se negó la suspensión provisional impetrada, el *a quo* estima que una cosa bien diferente es el trato que la Constitución Política da a la Intendencia de San Andrés y Providencia y que ciertamente compete al legislador determinar el régimen de las intendencias y comisarías en general, sin que aparezca *prima facie* que la facultad ejercida por el funcionario cuestionado contradiga la disposición constitucional. Agrega que de hacerlo, no constituiría una violación directa dado que actuó en uso de las facultades otorgadas por el Concejo Municipal de Cartagena.

Para el fallador de primera instancia la censura que se le hace a la actuación del alcalde mayor no revela que se haya desconocido el dominio eminente del Estado, que es el que éste posee, en su condición de persona jurídica, para usar del territorio y de los bienes en él contenidos en los fines de interés público o social. Y concluye el tribunal:

> "...el que en dicha delimitación se incluya para los efectos anotados a las Islas del Rosario no implica violación de normas superiores, pues si ellas pertenecen, como aparece, administrativamente a la jurisdicción del Corregimiento de Barú, Municipio de Cartagena, tienen los concejos las atribuciones, conforme a la ley de ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito, y de autorizar al alcalde para ejercer, *pro tempore*, precisas funciones de las que corresponden a los concejos (art. 197, ordinales 1º y 7º, C. N.), y los alcaldes la de cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos que estén en vigor (art. 132, ordinal 1º, C. de R. M.), y puede el Municipio de Cartagena para la mejor administración de las mismas tomar las medidas necesarias, sin que

de ello resulte necesariamente desconocimiento de disposiciones superiores sobre conservación de recursos naturales y sistema ecológico existente" (fl. 88, cuaderno de demanda).

IV. El recurso de apelación:

En su alegato del recurso el Agente del Ministerio Público que viene actuando en calidad de actor en el proceso de autos, reitera la observación de que en su actuación el funcionario censurado desvió la facultad que había recibido del Concejo Municipal de Cartagena y actuó por "temor a que sean incorados terrenos del municipio que por no estar incluidos en el perímetro urbano, son rurales y en consecuencia sometidos a la jurisdicción del INCORA y que tienen otra vocación...". A continuación el recurrente fundamenta su pretensión con los siguientes argumentos:

a) El acto demandado es violatorio de la Constitución Nacional, artículo 6º, inciso 2, según el cual compete al legislador dictar estatutos especiales para el archipiélago de San Andrés y Providencia y para las restantes porciones insulares del territorio nacional;

b) Según la Ley 110 de 1912, las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado, que no estén ocupadas por poblaciones organizadas o apropiadas por particulares por título traslaticio de dominio, son baldíos, constituyen reserva territorial del Estado y no son enajenables;

c) La autorización dada al alcalde para delimitar los perímetros urbano y sanitario no significa una autorización siquiera tácita de que en tal perímetro debían incluirse las porciones insulares a que se refiere la demanda. "No hay la más mínima base gramatical o lógica para entender que el Concejo Municipal quiso que el alcalde insertara en dicha delimitación el archipiélago Islas del Rosario, porciones territoriales de régimen especial según disposiciones de la Carta" (fl. 94, cuaderno de la demanda);

d) Hay desvío de poder cuando el móvil de la autoridad administrativa que expide el acto es distinto del interés público en la conducta del Estado; o cuando, a pesar de estar movido por el interés público el funcionario correspondiente persigue una finalidad diferente de la previsión de la norma;

e) En ninguna parte la demanda ha cuestionado nada que tenga que ver con el dominio eminente del Estado pues no se discute que el archipiélago, geográficamente, pertenece al Municipio de Cartagena pues se halla dentro de la jurisdicción del Corregimiento de Barú;

f) Hubo también violación a la legislación sobre recursos naturales, como se mencionó en la demanda pero a lo cual la sentencia de primera instancia no hizo referencia alguna. Porque la inclusión de

las islas en el área urbana significará "un grave deterioro y posterior destrucción de un sistema ecológico de especiales características única en el país y escaso en el mundo" (fl. 96);

g) Establece el Decreto 622 de 1977, artículo 30, la prohibición de ejecutar actividades agropecuarias e industriales, dentro de las cuales se comprenden las hoteleras en los llamados parques nacionales naturales, cuyo manejo y administración ha sido confiado por la ley al INDERENA. En relación con esta norma, el actor reconoce que no fue objeto de concepto de violación alguno por su parte y sólo se ha mencionado en el recurso a título de información, para destacar la ilegalidad de la actuación censurada.

V. Concepto fiscal:

Para el Agente del Ministerio Público ante esta Corporación el punto central del debate procesal es la facultad ejercida por el alcalde mayor de Cartagena para la expedición del Decreto 184 de 21 de julio de 1978, del cual se pide la nulidad de varios artículos, en lo que concierne con la inclusión del archipiélago Islas del Rosario en el perímetro urbano de la ciudad.

Luego de transcribir las consideraciones del *a quo*, el señor Fiscal estima que la actuación del alcalde no puede considerarse anómala pues se efectuó en virtud de las precisas facultades que había recibido del Concejo Municipal, dentro del Plan de Desarrollo de Cartagena, adelantado por la Oficina de Planeación Municipal y la Junta de Planeación en actuaciones que tuvieron lugar antes de la expedición del mencionado decreto, con lo que se quiere significar que el decreto era sólo una parte del proceso de desarrollo urbano de la ciudad. Concluye solicitando se confirme la decisión del tribunal.

VI. Consideraciones de la Sala:

El actor alega que, en ejercicio de unas precisas facultades *pro tempore*, otorgadas por el Concejo Municipal, el alcalde mayor de la ciudad de Cartagena se excedió al incorporar dentro del perímetro urbano unas zonas (el archipiélago Islas del Rosario) que (1) hacen parte de la reserva natural de la Nación, razón por la cual se gobierna por las disposiciones del Código Nacional de Recursos Naturales; (2) por hallarse fuera del perímetro urbano tenían el carácter de bienes rurales y, por consiguiente, bajo la jurisdicción del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, situación que buscaba precaver declarándolas áreas urbanas; y (3) la incorporación al caso urbano de la ciudad implica el desarrollo urbano de las islas con grave e irreversible deterioro de las bellezas y riqueza naturales que se trata de proteger.

A) Congruencia de la decisión jurisdiccional.

La jurisdicción especial en lo contencioso administrativo se ha instituido con la finalidad de ejercer control sobre la legalidad de las decisiones de la administración pública. Pero tal ejercicio es reglado, de acuerdo con la noción de lo que se denomina *justicia rogada;* noción que corresponde a lo que en la teoría general del proceso recibe la denominación de *sentencia congruente.*

El maestro PEDRO ARAGONESES recuerda que "importa mucho que de antemano se establezcan las reglas a que las diversas resoluciones (del juez) han de acomodarse; que de otra manera, es decir, dejándolas al libre arbitrio de los jueces y tribunales, ni habría uniformidad, ni valdrían para nada muchas de las demás reglas útiles y convenientes que constituyen el procedimiento, *ni los intereses de los litigantes* quedarían garantidos" (Sentencias congruentes. Pretensión, oposición, fallo. Madrid, Aguilar, 1957, pág. 6). Y más adelante concluye:

> "Nada de cuanto las leyes procesales prescriben con objeto de rodear de garantías a la administración de justicia sería bastante eficaz ni daría resultado provechoso si la sentencia no se dictase con estricta conciencia, con *imparcialidad indudable,* con pleno conocimiento de causa y atendiéndose a *lo alegado y probado. Ya aquí se logra un atisbo de la importancia del principio de imparcialidad como fundamento de la congruencia"* (Ob. cit., pág. 7).

Lo anterior explica las restricciones a que se halla sometido el fallador: En primer lugar, a los hechos relatados en la demanda; en segundo, al concepto de la violación; y en tercero, a la prueba de la ilegalidad de la decisión administrativa, presentada para desvirtuar la presunción de legalidad de la norma cuestionada.

B) Se pasan a examinar los cargos formulados contra el Decreto 184 de 1978 expedido por el alcalde mayor de Cartagena y reiterados con ocasión del presente recurso de apelación contra la sentencia del tribunal.

1. Se plantea el quebranto por el acto acusado del artículo 6º de la Constitución Nacional.

Sobre el particular considera la Sala lo siguiente:

Previene el artículo 6º, inciso 2º de la Carta Política que "el legislador dictará estatutos especiales para el régimen fiscal, administrativo y el fomento económico y social del archipiélago de San Andrés y Providencia, así como para las restantes porciones insulares".

No es aplicable esta norma al caso *sub lite* ya que al adscribir el decreto cuestionado el archipiélago de las Islas del Rosario al perí-

metro urbano de Cartagena bajo ningún respecto está creando régimen alguno fiscal ni de índole administrativo, ni estímulos económicos, culturales o sociales especiales. No se está en efecto proveyendo en forma particular para el mentado archipiélago.

2. Sostiene el demandante que el acto acusado desconoce el artículo 878 del anterior Código Fiscal (Ley 106 de 1873), los artículos 45 literal b) y 107 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal Nacional vigente) de conformidad con los cuales los inmuebles objeto de la demanda tienen el carácter de baldíos y constituyen reserva territorial del Estado, todo lo cual encuentra respaldo en las Resoluciones 11710 de 17 de junio de 1968 y 4698 de 27 de septiembre de 1984, ambas del Gerente General del Instituto Colombiano de Reforma Agraria. Esta última hace la declaración en tal sentido.

Se observa:

a) El artículo 45 literal b) del Código Nacional Fiscal prevé lo siguiente:

"Se reputan baldíos, y por consiguiente, de propiedad nacional:

"Las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado, que no están ocupadas por poblaciones organizadas, en virtud de título traslaticio de dominio".

A su vez el artículo 44 *ibídem* dice que "son baldíos, y en tal concepto pertenecen al Estado los terrenos que carecen de otro dueño, y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver al Estado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 56".

El artículo 107 literal a) *ibídem* reza así:

"Constituyen reserva territorial del Estado y no son enajenables:

"Las islas nacionales, de uno y otro mar de la República, los ríos y lagos, de que trata el aparte c) del artículo 45".

De su lado el artículo 878 del Primer Código Fiscal contemplaba norma igual de reputarse baldíos y en consecuencia de propiedad nacional:

"Las islas de uno y otro mar, dentro de la jurisdicción de ésta, que no estén ocupados por poblaciones organizadas o por poblaciones particulares". Y el artículo 919 del mismo estatuto es del siguiente tenor:

"Tampoco se decretará adjudicación si las tierras baldías que se solicitaren fueren islas de alguna importancia".

b) El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria dictó en primer lugar la Resolución número 11710 de 17 de junio de 1968 por la cual se dispuso iniciar el trámite administrativo tendiente a clarificar la propiedad de las Islas del Rosario y en desarrollo de ella expidió en segundo lugar la Resolución número 4698 de 27 de septiembre de 1984 por medio de la cual declara que de conformidad con los Códigos Fiscales de 1873 y 1912 dichas islas "no han sido del patrimonio nacional y por tanto son baldíos reservados". Esta última resolución fue confirmada en este aspecto al resolverse el recurso de reposición, por la Resolución número 4393 de 15 de septiembre de 1986.

Obran en el proceso ambas resoluciones (fls. 21-54) y la siguiente certificación oficial al respecto:

> "El Subgerente Jurídico del Instituto Colombiano de Reforma Agraria, INCORA.
>
> CERTIFICA:
>
> "1º Mediante Resolución 11710 de junio 17 de 1968, emanada de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, se ordenó iniciar procedimiento administrativo tendiente a clarificar la propiedad de las Islas del Rosario, entre las cuales se encuentra la Isleta, La Isletica, Isla Grande y otras, situadas en jurisdicción del Municipio de Cartagena, Departamento de Bolívar.
>
> "2º Por Resolución número 4698 de septiembre 27 de 1984, proferida por la Gerencia General de esta misma entidad, se resolvió declarar que no han salido del patrimonio nacional y por tanto son baldíos reservados en virtud del Código Fiscal de 1873 y 1912 las islas conocidas con el nombre de Islas del Rosario, entre las cuales se encuentran las Isleta, La Isletica, Isla Grande, Macavi, Roberto, Isla del Rosario, Pavito, Los Palacios, Pirata, Los Caguamos, Bonaire, No te vendo, o Islote de la Fiesta, Isla del Tesoro, Arenas y otras, las cuales comprenden un área aproximada de trescientos ochenta y cuatro (384) hectáreas, tres mil quinientos metros cuadrados, situadas al suroeste de Cartagena a unos 35 kilómetros aproximadamente y a 5 kilómetros al noroeste del Corregimiento de Barú, entre las coordenadas Y-811590 y 820.000 X-1.614.260 latitud norte que pertenecen en lo administrativo al Corregimiento de Barú, Municipio de Cartagena, Departamento de Bolívar.
>
> "Esta providencia a la fecha se encuentra en proceso de notificación a través de la Regional Bolívar.
>
> "Se expide esta certificación a petición del doctor José Eduardo Jiménez Mendoza, Procurador Agrario en lo Civil,

de la Procuraduría General de la Nación, a los seis (6) días del mes de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

"El Subgerente Jurídico encargado, ..." (fls. 11 y 12 del cuaderno de demanda).

c) El Acuerdo 32 de 1977 del Concejo Municipal de Cartagena "por el cual se adoptan las políticas básicas que han de orientar el desarrollo de Cartagena y su área de influencia metropolitana" y se confirió facultades al alcalde mayor de dicha ciudad para dictar el Decreto 184 de 1978, objeto de la presente demanda (art. 23), define el perímetro urbano como "el lindero del área considerada urbanizable o aquélla en la cual se permite el uso urbano, la cual a su vez establece el límite legal para la expansión de la ciudad" (art. 10).

d) Siendo entonces las Islas del Rosario baldíos que pertenecen a la Nación y siendo también reservas territoriales de ésta e inenajenables, según declaración expresa de la Resolución 4698 de 1984 del Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, fundada ésta a su vez en los textos que se señalan como infringidos, antes transcritos, le está vedado al alcalde de la Ciudad Heróica interferir, impedir, restringir o perturbar en tal derecho de dominio, cual lo hace en las disposiciones de su Decreto 184 de 1978 y específicamente en las del Código de Urbanismo que ubican a las islas en el área de zona turística (art. 32, literal d).

Cabalmente este código "tiene aplicación para todas las obras de urbanización, parcelación, renovación, erradicación, mejoramiento, reconstrucción, mejoras, adiciones que se realicen en el Municipio de Cartagena". Y no se diga, como lo hace equivocadamente el tribunal, que se está frente al dominio eminente que el Estado ejerce sobre dichas islas, pues no se trata de ello sino de bienes baldíos de contenido eminentemente patrimonial con reserva territorial que se hace de ellos a favor de la Nación y sobre los cuales está revestida ésta de potestad para regular su uso, conservación y mantenimiento con fines de beneficio exclusivo para la comunidad a través de sus distintos organismos (Ministerios, Institutos y entidades descentralizadas, etc. INDERENA).

No se compadece entonces con la función que el Estado cumple con esta clase de bienes, es decir, los que conforman las Islas del Rosario, su encuadramiento en el sistema urbano de Cartagena pues además de desplegarse en estas facultades que purgan con las que legalmente corresponden a la Nación al respecto, desvirtúan la finalidad de uso común anotada para darle prelación al objeto urbanístico que por el contrario está inspirado en el interés particular de lucro.

En atención también a lo expresado se dejarán por fuera de la anulación las normas del Código de Urbanismo acusadas que no impiden, perturban o restringen el derecho patrimonial de la Nación sobre

las mencionadas islas y relacionadas con el Parque Nacional "Los Corales del Rosario", tales son: El numeral 1 del artículo 197; artículos 198, 199, 202, 203, 204, 205 y 206 que reiteran y se remiten a la reglamentación que para los parques nacionales naturales tiene establecida el Instituto Nacional de Recursos Naturales y se encuentran dentro de este contexto.

e) Por último y como el actor suscita la cuestión de que el móvil que ha animado a las autoridades municipales para incorporar el archipiélago de las Islas del Rosario al perímetro de la ciudad de Cartagena ha sido del de poder así eludir la acción del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— sobre los predios ubicados en él, esta Sala observa al respecto que el Consejo de Estado ha venido considerando desde la sentencia de 21 de enero de 1972 de su Sección Tercera (Jairo Gutiérrez y otros. 1070) y reiterada la jurisprudencia en ella sentada en la sentencia de 1º de diciembre de 1988 (Cementos del Caribe y Parrish & Cía. S. A. 3489) de la misma Sección, que el INCORA tiene competencia para clarificar la propiedad de las tierras, con fundamentos en el literal d) del artículo 3º de la Ley 135 de 1961, sean ellas urbanas o rurales, pues la noción de tierra baldía es independiente a que esté poblada o desploblada "...pues no encuadraría dentro de lo razonable predicar que los concejos municipales puedan a través de acuerdos quitarle competencia a tal entidad para llevar a cabo su tarea, para lo cual les bastaría ampliar el área urbana, para que lo que antes era rural deje de serlo, produciéndose de contera el prodigioso efecto de restarle competencia a tal organismo. Si la tesis fuera de recibo, se daría el caso de que una normatividad inferior, como es la municipal, derogaría o modificaría la de orden superior, efecto jurídico que no puede aceptarse. En otras palabras: Si antes de dictarse el referido Acuerdo (006 de 1968) era posible, a la luz del artículo 30, literal d) de la Ley 135 de 1961, la clarificación de la situación de la referida isla (de San Nicolás), desde el punto de vista de su propiedad, esa posibilidad no se agotó o desapareció con la entrada en vigencia de la normatividad municipal ya comentada" (segunda sentencia de las citadas).

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

Falla:

1º *Revócase* la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar de 21 de agosto de 1987.

2º *Declárase* la nulidad de los siguientes textos del Decreto número 184 de 21 de julio de 1978 expedido por el alcalde mayor de la ciudad de Cartagena: Parágrafo del artículo 12 en la expresión: "Archipiélago de las Islas del Rosario"; parágrafo del artículo 13 en la frase: "Archi-

piélago de las Islas del Rosario"; literal d) del artículo 32; la locución: "Sector. Islas del Rosario" del artículo 84; los artículos 195 y 196; el numeral 2º del artículo 197 y los artículos 200 y 201.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

La presente providencia fue considerada en varias sesiones y aprobada en la de la Sala de doce (12) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Simón Rodríguez Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACTIVIDAD COMERCIAL / SUPERMERCADOS / ALMACEN POR DEPARTAMENTO

Dadas las características de los supermercados, deben incluirse en el Código 238 del artículo 2º del Decreto 950 de 1975 y no dentro del 236 ibídem, *o sea en los almacenes de departamento, cuya diferencia impide clasificar a aquellos en éstos; de así ocurrir, se viola el Acuerdo 10 de 1974 conforme al cual los supermercados se clasifican como tiendas o expendios para productos alimenticios en razón del destino final de los artículos, la alimentación. CONFIRMA LA NULIDAD de la expresión "supermercados" contenida dentro del Código 236 del artículo 2º del Decreto 950 de 1975 emanado de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D. E.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 0386. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales contra Distrito Especial de Bogotá. Asuntos municipales. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Distrito Especial de Bogotá (fl. 54), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que acogió las peticiones de la demanda para que se anule la expresión "supermercados" contenida dentro del Código 236 del artículo 2º del Decreto 950 de 1975 emanado de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D. E.

El expediente fue reconstruido por auto de diez (10) de diciembre de 1987: Por tanto procede desatar el recurso interpuesto.

Antecedentes: Haciendo uso de la facultad reglamentaria el alcalde mayor de Bogotá, D. E., el 8 de septiembre de 1975, profirió el Decreto 950 "por el cual se reglamenta el Acuerdo número 10 de 1974".

En uso de la acción de nulidad establecida por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, el doctor Pablo J. Cáceres Corrales, obrando en su propio nombre solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que "declare la nulidad del artículo 2º del Decreto 950 de 1975 (septiembre 8)..." pero sólo la expresión "supermercados" que hace parte de la frase código *"236 almacenes de departamento.* Incluye establecimientos tales como supermercados, comisariatos y similares".

En su demanda consideró como violados, explicando el concepto de la violación, el Acuerdo 10 de 1974 del Concejo Distrital en sus artículos 13, 16 y 18 así como el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal.

En la sentencia el tribunal hace la diferenciación entre lo que debe entenderse por supermercados y almacenes de departamentos para llegar a la conclusión de que los primeros son los dedicados, por lo general, a la venta de productos alimenticios, mientras que los almacenes por departamentos, requieren control especial, contabilización separada por cada actividad para determinar la eficiencia de cada ramo y verificar si los responsables se ajustan a la política de las directivas.

Existen los departamentos de compras y de crédito en esa condición, no como una simple sección con el fin de registrar las inversiones y el control de la clientela que usa el crédito. Al contrario en los supermercados, se expenden productos alimenticios de consumo diario, y otros conexos que forman la canasta familiar tales como artículos para aseo personal, artículos de limpieza y otros. Concluye el *a quo* expresando que al proceder el alcalde al clasificar a los supermercados con el código 236, almacenes por departamentos (art. 2º, Decreto 950 de 1975) se han violado los artículos 16 y 18 del Acuerdo número 10 de 1974 debiendo catalogarlos como tiendas de productos alimenticios con tarifa del 2.4 por mil y no como lo hizo fijándoles tarifa del 5.3 por mil correspondiente a almacenes de departamentos.

Parte impugnadora. El Distrito Especial de Bogotá por medio de apoderada, discrepa del criterio del tribunal alegando que como almacenes de departamentos operan un sinnúmero de establecimientos comerciales con secciones dedicadas a ofrecer productos, víveres, frutas, carnes, mantequilla, queso, etc., pero también tienen dedicados al expendio de elementos de limpieza, jabones, perfumería y revistas, que es diferente a lo que se podría llamar tiendas de productos alimenticios, pues en esos establecimientos también se expenden rancho, licores y cigarrería, por lo cual no se les puede catalogar como tiendas de productos alimenticios, para negar que se esté violando el artículo 13 del Acuerdo número 10 de 1974, finaliza diciendo que comparte el salvamento de voto de Mercedes Salgado de Gutiérrez y que es el artículo 16 del Acuerdo 10 de 1974 el que las erige en almacenes de departamentos. Argumenta que siendo el Acuerdo 10 de 1974 el que los denominó almacenes de departamentos, el artículo 2º del Decreto 950 de 1975 no sobrepasó el acuerdo reglamentado.

Ministerio Público: Conceptúa que el mayor volumen de ventas determina la actividad predominante. No se puede aplicar el principio de la igualdad en la determinación de las cargas tributarias, pues la técnica del acuerdo protege el bien común y el desarrollo integral de la economía de consumo de los bienes indispensables para la supervivencia de los seres humanos. La ley mira la capacidad de servir los

diferentes objetos de la política económica, sin olvidar la necesidad de dotar de recursos al fisco y buscar una equitativa dirección de la economía.

Considera que los diferentes regímenes comerciales que componen el Acuerdo 10 de 1974 se fundan en razones de equidad para obtener una sana política económica y encierra un principio de filosofía del equilibrio indispensable para desarrollar las fuerzas productivas y de racionalización del proceso productivo. Esa diferenciación se refleja en la división y trato dado por el acuerdo a los almacenes de departamentos y a los supermercados.

Concluye que al examinar el artículo 16 del Acuerdo 10 de 1974, se advierte comportamiento inferior cuando se refiere a las tiendas —productos alimenticios— predominando en ellos el expendio de productos de esta naturaleza, muy distinto al de almacenes de departamentos donde se practica una actividad diferente y rige una explotación económica distinta.

Finaliza expresando que al colocar los supermercados en la clasificación de los almacenes de departamentos y no dentro de las tiendas —productos alimenticios— constituye un acto jurídicamente censurable por lo que pide se confirme la actuación del tribunal.

Consideraciones de Sala:

El artículo 16 del Acuerdo 10 de 1974 dispone: "A los establecimientos o actividades comerciales se les liquidará el gravamen de acuerdo a la siguiente tarifa: Actividad comercial. Almacenes de departamentos. Tarifa 5.3 por mil...Tiendas-productos alimenticios 2.4 por mil" y el Decreto 950, artículo 2º los cataloga en la categoría almacenes de departamentos —Código 236— que incluye establecimientos tales como supermercados, comisariatos y similares.

Observa la Sala que dentro del mismo artículo 2º del Decreto reglamentario 950 de 1975 el Código 238 "incluye tiendas, productos alimenticios, comprende: Víveres, abarrotes, carnicerías, pollos, pescados, bizcochería y repostería, lonchería, queso, huevos, mantequilla, frutas, legumbres, tubérculos, gaseosas y cervezas".

Ya se ha dicho por esta Corporación que el Acuerdo 10 de 1974 conlleva el propósito social de aliviar, dentro de las posibilidades, al consumidor de productos alimenticios liberándolo, así sea en parte, de la carga impositiva trasladada en forma imprescindible a través del precio. Ello se deduce del examen de las tarifas comerciales que fijan en 2.4 por mil, para el mercado de productos alimenticios; 1.4 por mil, para el de productos alimenticios en bruto y una tarifa industrial del 1.8 por mil a la producción de alimentos.

El error del Acuerdo 10 de 1974 fue el de clasificar según la organización administrativa y no por los artículos que se expenden porque

es evidente que una tienda que expenda artículos alimenticios, puede organizarse por departamentos.

El Decreto 950 de 1975 dictado por el alcalde mayor de Bogotá, incluyó los supermercados bajo el Código 236 como "almacenes de departamentos" los que en la tarifa del acuerdo se gravan al 5.3 por mil, en vez de la tasa del 2.4 por mil que les debe corresponder por cuanto por su actividad se dedican al mercadeo de productos alimenticios, tales como víveres, abarrotes, pollos, pescados, etc., encasillados por el mismo reglamento en el Código 238.

"Supermercados" según el Diccionario de la Lengua Española, décima novena edición, Tomo VI, página 230, columna 3ª significa: "Establecimiento comercial de venta al por menor en el que se expenden todo género de artículos alimenticios, bebidas, productos de limpieza, etc. y en el que el cliente, que se sirve así mismo, paga a la salida".

Encuentra la Sala que los elementos característicos de dichos establecimientos son:

a) Expendio al por menor o menudeo o al detalle;
b) Lo que se vende o materia objeto de mercadeo, son productos alimenticios, tales como leche, víveres, abarrotes, verduras, frutas, carnes, tubérculos, etc. Junto con los anteriores se expenden artículos de limpieza, aseo y otros;
c) Posibilidad de libre escogencia por el comprador en forma directa del producto y por su propia mano que va adquirir;
d) Ordenación racional y funcional de los artículos en los distintos mostradores o escaparates generalmente abierto, y;
e) Cancelación del valor de lo escogido en las cajas instaladas a la salida.

Las anteriores características, indican, dentro de un ordenado y lógico razonamiento, que tales supermercados deben incluirse en el Código 238 del artículo 2º del Decreto 950 de 1975 y no dentro del 236 *ibídem* almacenes de departamentos clasificados y considerados acertadamente por la administración distrital en la circular número 002 de julio 22 de 1979, así (fl. 17):

"Se entenderán como almacenes de departamentos y se les aplicará por ende la tarifa correspondiente a aquellos que por su gran volumen y por su forma de venta al público, clasifican y especializan en secciones, dentro de un mismo local comercial los diferentes productos de acuerdo a su uso, destinación, etc., con el objeto de llegar al comprador de una manera más eficaz. En los almacenes de departamentos cada sección por separado podría dentro de su campo, operar de manera independiente; ellos son, por ejemplo; almacenes divididos en sección juguetería, sección ropa, sección artículos eléctricos, etc.".

De su lectura se desprenden los elementos esenciales o característicos, a saber:

a) Diversidad de productos para satisfacer diferentes clases de consumidores;
b) División en secciones;
c) Satisfacción de varias necesidades tales como vestidos, recreación, vehículos, equipos industriales, etc.

Estos establecimientos expenden productos destinados a satisfacer variedad de forma de uso de productos. En los supermercados hay productos destinados a satisfacer la necesidad alimenticia. En los almacenes de departamentos, hay separación física y administrativa. En cada sección opera una caja para cobrar los productos vendidos. En resumen: El destino final de los productos alimenticios vendidos en los supermercados es atender la necesidad primaria relacionada con la subsistencia del ser humano.

De lo anterior surgen las diferencias entre los almacenes de departamentos y los supermercados las que indican la no posibilidad de clasificar a los supermercados dentro de la misma categoría de los primeros, como lo hizo el Decreto 950 de 1975 en su artículo 2º demandado, pues de persistir en ello se viola el Acuerdo 10 de 1974 conforme al cual los supermercados se clasifican como tiendas o expendios para productos alimenticios en razón del destino final de los artículos, la alimentación (art. 16, Acuerdo 10 de 1974).

Además del acuerdo citado en su espíritu y contexto general tiende a proteger al consumidor final de alimentos, aliviándole su costo utilizando para ello una tarifa más baja de impuestos de industria y comercio, el que se traslada al consumidor.

En el caso cuestionado la incidencia de la tarifa del 2.4 por mil se eleva al 5.3 por mil y se refleja de inmediato en el encarecimiento para quien consume alimentos. Se presenta por tanto, efecto contrario al fin querido y perseguido por los artículos 13 y 16 del Acuerdo 10 de 1974. En otros términos se violan dichos artículos.

En estas condiciones la Sala considera que la sentencia apelada debe sostenerse pues la norma acusada hace una clasificación indebida y equivocada de los supermercados en el Código 238 dentro de los almacenes de departamentos en vez de incluirlos, como real y legalmente corresponde, en el Código 238 que comprende a las "tiendas productos alimenticios".

De conformidad con 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 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, Eduardo Laverde Toscano,* Conjuez; *Consuelo Sarria Olcos,* con salvamento de voto.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACTIVIDAD COMERCIAL / SUPERMERCADOS / ALMACEN POR DEPARTAMENTO (Salvamento de voto)

El acto demandado al incluir a los supermercados como "almacén por departamento" no violó el Acuerdo 10 de 1974, como lo declaró la sentencia, ni desconoció los fines a que la misma hace referencia en el sentido de que la actividad comercial relacionada con los productos alimenticios no tenga impuestos muy altos, que se trasladen al consumidor, pues en cada caso concreto sería necesario establecer si la mayor proporción de ventas es de productos alimenticios y darle aplicación al artículo 18 del Acuerdo 10 de 1974.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.—

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Radicación 0386. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales.

Con el debido respeto expongo las razones que motivan mi salvamento de voto a la providencia que antecede.

De conformidad con el artículo 16 del Acuerdo 10 de 1974 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, a la actividad comercial realizada por los "almacenes de departamento" le corresponde la tarifa del 5.3 por mil.

La norma demandada parcialmente, el artículo 2º del Decreto 950 de 1975 proferido por el señor alcalde del Distrito Especial de Bogotá, incluyó a los supermercados como "almacenes de departamento".

La sentencia afirma que los supermercados no pueden ser clasificados como "almacén de departamentos", porque dicha calificación "...viola el Acuerdo 10 de 1974 conforme el cual los supermercados se clasifican como tiendas o expendios para productos alimenticios en razón del destino final de los artículos, la alimentación (art. 16, Acuerdo 10 de 1974)".

Pero, al revisar el citado artículo 16 del Acuerdo 10 de 1974 se observa que en éste, simplemente se clasifican las actividades comerciales gravadas y se les asignan las respectivas tarifas y dentro de esa clasificación se incluyen los almacenes de departamento con una tarifa del 5.3 por mil y las tiendas y productos alimenticios con tarifa del 2.4.

Ni en dicho artículo, ni en ninguna otra norma del acuerdo citado se hace referencia ni se definen los supermercados y mucho menos se menciona lo relacionado con el destino final de los productos que allí se comercializan y en dichos términos, no es posible afirmar que cuando el decreto parcialmente demandado incluye los supermercados como almacén de departamento, viola la norma superior.

Y no es posible tal conclusión, porque los supermercados bien pueden adquirir la calidad de "almacén de departamento" si tienen clasificados y especializados en secciones los diferentes productos para la venta, de acuerdo con su uso, destinación, etc. aspecto que deberá verificarse en cada caso concreto.

Es cierto que en los supermercados la mayor proporción de productos que se comercializan son productos alimenticios y para efectos de establecer la tarifa correspondiente el artículo 18 del mismo Acuerdo 10 de 1974, dispone:

"Artículo 18. Cuando en un establecimiento se ejerzan dos o más actividades comerciales, que conforme el artículo 16 le corresponden dos o más tarifas, se liquidará según la actividad predominante, aplicando la tarifa correspondiente a ésta al promedio mensual de ventas u operaciones brutas, previa la demostración por parte del interesado, mediante relación del volumen de operaciones brutas expresada en moneda legal colombiana durante el último año gravable y de los elementos que a juicio de la división de impuestos sean necesarios. A falta de comprobación suficiente, se gravará por la tarifa más alta".

De acuerdo con dicha norma, si al supermercado le corresponde una tarifa del 5.3 por mil como almacén de departamento y la del 2.4 por comercializar productos alimenticios, en cada caso específico deberá aplicarse la tarifa que corresponda a su actividad predominante, aplicada al promedio mensual de ventas.

Así las cosas, el acto demandado al incluir a los supermercados como "almacén por departamento" no violó el Acuerdo 10 de 1974, como lo declaró la sentencia, ni tampoco desconoció los fines a que la misma hace referencia en el sentido de que la actividad comercial relacionada con productos alimenticios no tenga impuestos muy altos, que se trasladen al consumidor, pues tal como se anotó, en cada caso concreto sería necesario establecer si la mayor proporción de ventas es de productos alimenticios y darle aplicación al citado artículo 18 del Acuerdo 10 de 1974.

Como el Decreto 950 de 1975 en su artículo 2º, no desconoció, ninguna norma contenida en el Acuerdo 10 de 1974, la sentencia del *a quo* ha debido revocarse y en su lugar denegar las súplicas de la demanda.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha: *Ut supra.*

CAPITULO IV

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES

ORDEN MUNICIPAL

RECUSACION - Trámite

Si son cuatro los magistrados recusados, deben presentarse individualmente sus recusaciones, tramitarse cuatro incidentes, cada uno de los cuales a su vez deberá ser resuelto por una Sala de conformación diferente para cada caso concreto.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2491. Apelación auto de 17 de marzo de 1989 del Tribunal Administrativo de Caldas sobre nulidad del artículo 2º del Acuerdo número 008 de 3 de septiembre de 1987 de la Junta Directiva del Instituto de Valorización Municipal de Manizales. Actor: Rodrigo Marín Bernal. Auto.

El doctor Rodrigo Marín Bernal, presentó el 5 de julio pasado en la Secretaría de la Sección Cuarta el siguiente memorial:

"Bogotá, julio 5 de 1989.

"Señores Consejeros
"Miembros de la Sección Cuarta
"del Consejo de Estado
"Carmelo Martínez Conn, Presidente
"Jaime Abella Zárate
"Consuelo Sarria Olcos y
"Guillermo Chahín Lizcano
"E S. D.

"Señores Consejeros:

"Con fundamento en los artículos 160 del Código Contencioso Administrativo y 142 y siguientes del Código de Procedimiento Civil atentamente concurro a su despacho a recusar, formalmente, a todos los miembros de esa Sala a fin de que, mediante los trámites de ley, procedan a declararse impedidos para seguir conociendo de la de-

manda que, con petición de suspensión provisional, formulé contra los actos administrativos por cuyo efecto se decretó, liquidó y distribuyó una contribución de valorización en el Municipio de Manizales y cuyos antecedentes obran en el expediente número 2491.

"Para sustentar esta petición invoco la causal prevista en el numeral 7 del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil y, al efecto, acompaño una copia, debidamente autenticada, de la denuncia penal formulada ante la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes.

"Les ruego darle aplicación inmediata al artículo 146 del Código de Procedimiento Civil que, conforme al artículo 160 del Código Contencioso Administrativo, rige en este proceso.

"Atentamente,

"(Firmado) Rodrigo Marín Bernal".

Al respecto, se considera:

1. El memorial está dirigido a todos los miembros de la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

2. Se trata de proponer un incidente de recusación colectiva "...a todos los miembros de esa Sala...".

3. Se invoca como causal de la recusación propuesta, existir "denuncia penal" contra los citados miembros de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, formulada por el mismo recusante ante la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes. Lo anterior con base en el ordinal 7º del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil.

4. Según la copia que se adjunta al memorial de recusación, el doctor Rodrigo Marín Bernal se dirigió a la Comisión de Acusaciones de la Cámara en comunicación de 5 de julio pasado para solicitar se investigue la conducta de todos los citados consejeros, con relación a hechos que él denuncia.

5. De conformidad con los artículos 143 y siguientes del Código de Procedimiento Civil el incidente de recusación debe proponerse ante el magistrado ponente y corresponde al magistrado que siga en turno tramitarlo y resolverlo con la Sala respectiva y con exclusión del recusado.

6. El trámite así establecido en las normas procesales es de carácter obligatorio y de orden público, e indica que si son cuatro los magistrados recusados, deben presentarse individualmente sus recusaciones, tramitarse cuatro incidentes, cada uno de los cuales a su vez deberá ser resuelto por una Sala de conformación diferente para cada caso concreto.

7. Lo anterior indica que el incidente, planteado en memorial dirigido no al ponente sino a todos los miembros de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, proponiendo una recusación colectiva, no reúne los requisitos formales exigidos para su tramitación.

El artículo 138 del Código de Procedimiento Civil establece:

> "Rechazo de incidentes. *El juez rechazará de plano los incidentes* que no estén expresamente autorizados por este código, los que se promuevan fuera del término señalado para ello y aquellos *cuya solicitud no reúna los requisitos formales* o sean improcedentes según lo establecido en el artículo 135" (Se subraya).

Las razones anteriormente expuestas y sin que se esté haciendo un pronunciamiento de fondo sobre la recusación formulada, indican que el incidente debe ser rechazado de plano por los defectos formales que se dejan anotados.

Por lo expuesto, la Sala *resuelve:*

Rechazar el incidente presentado por el doctor Rodrigo Marín Bernal en memorial de fecha 5 de julio de 1989 transcrito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, Presidente de la Sala, con salvamento de voto; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

RECUSACION - Trámite (Salvamento de voto)

Basta con que se presente recusación adjuntando la copia auténtica del denuncio penal cuando ella se formula con base en la causal 7ª del artículo 142 del C. de P. C. para que de derecho se produzca la separación del juez del conocimiento del proceso, existiendo competencia sólo para el trámite del o de los incidentes respectivos. El artículo 143 ibídem *prevé la existencia de un proceso en trámite que impulsa el sustanciador y es lógico que a él se le dirija la recusación cuando el ponente es el recusado; y si la recusación afecta a otro integrante de la Sala, se le dirige a él y si es a todos se debe dirigir a todos.*

Bogotá, D. E., tres de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente número 2491. Recusación de los magistrados de la Sala. Actor: Rodrigo Marín Bernal. Salvamento de voto del auto de julio 28 de 1989 por el cual la Sala rechaza la recusación.

Con el debido respeto por la decisión adoptada por la ilustrada mayoría de la Sala, consigno a continuación las razones que me llevaron a separarme de la decisión mayoritaria:

a) La razón fundamental que tuvo la mayoría de la Sala para rechazar el incidente, está consignada en los puntos 5, 6 y 7 de la parte motiva del auto que textualmente expresa:

5. "De conformidad con los artículos 143 y siguientes del Código Civil el incidente de recusación debe proponerse ante el magistrado ponente y corresponde al magistrado que siga en turno tramitarlo y resolverlo con la Sala respectiva y con exclusión del recusado".

6. "El trámite así establecido en las normas procesales es de carácter obligatorio y de orden público, e indica que si son cuatro los magistrados recusados, deben presentarse individualmente sus recursaciones (sic), tramitarse cuatro incidentes, cada uno de los cuales a su vez deberá ser resuelto por una Sala de conformidad diferente para cada caso concreto".

7. "Lo anterior indica que el incidente, planteado en memorial dirigido no al ponente sino a todos los miembros de la Sección Cuarta

del Consejo de Estado, proponiendo una recusación colectiva, no reúne los requisitos formales exigidos para su tramitación";

b) El doctor Rodrigo Marín Bernal formuló denuncia penal ante la Comisión de Acusaciones de la honorable Cámara de Representantes, por hechos que según él estima, comprometen la responsabilidad penal de los integrantes de la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Que los hechos denunciados se comprueben o no, o que sean o no constitutivos de delito, es cuestión de competencia de la honorable Cámara de Representantes, la que debe decidir si formula acusación o no ante el honorable Senado de la República;

c) Creo que basta con que se presente recusación adjuntando la copia auténtica del denuncio penal cuando ella se formula con base en la causal 7ª del artículo 142 del C. de P. C., para que de derecho se produzca la separación del juez del conocimiento del proceso; es decir, excepto cuando la copia sea adulterada o inauténtica, la separación del juez o magistrado se produce desde el momento en que reciba el memorial de recusación con la prueba correspondiente, existiendo competencia sólo para el trámite del o de los incidentes respectivos;

d) En el caso al cual me refiero, el suscrito consejero de Estado, recibió una comunicación firmada por el doctor Rodrigo Marín Bernal, fechada el pasado 5 de julio y dirigida a los cuatro integrantes de la Sala, en la cual se nos recusa, acompañada de una copia de la denuncia penal con la constancia de su presentación ante la Secretaría de la Comisión de Acusaciones de la honorable Cámara de Representantes; ignoro si los demás colegas de la Sección recibieron una similar o no; pero en el expediente sí existe;

e) El fundamento del rechazo de la recusación es de pura mecánica procesal; según la providencia de la cual me separo debió dirigirse la recusación individualmente a cada consejero; sin embargo, el suscrito observa que el caso que está o estaba a nuestra decisión, era un recurso de apelación de un auto que negó la suspensión provisional del acto demandado, recurso que se resuelve de plano por disposición legal, de suerte que el "juez" es la Sala, no existiendo ningún trámite del recurso, por lo cual lo único que corresponde al ponente es elaborar el proyecto de providencia, siendo el "juez" la Sección; el artículo 143 del C. de P. C., prevé la existencia de un proceso en trámite que impulsa el sustanciador y es lógico que a él se le dirija la recusación cuando el ponente es el recusado; y sí la recusación afecta a otro integrante de la Sala, se le dirije a él y si es a todos se debe dirigir a todos;

f) La denuncia penal no es en el caso presente individual, sino colectiva, por una actuación que el denunciante estima delictiva; por lo mismo, la recusación es también colectiva. Otra cosa es que por razones de procedimiento, el incidente es separado en su trámite, pero es el juez a quien compete "adecuar" el trámite y no a las partes; así lo dice la ley;

g) Recientemente una funcionaria del Ministerio de Justicia interpuso recurso de súplica contra un auto de Sala Unitaria dictado por la doctora Aydée Anzola Linares y en él mismo recusó a toda la Sección Segunda de la Corporación; la Sección Segunda decidió la recusación individualmente, aceptando sólo la separación de un consejero por alguna razón especial, procediendo a nombrar el conjuez respectivo, quedando así integrada la Sala que resolvió el punto. El caso es similar al que motiva este salvamento de voto;

h) Enseña el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, "sobre la interpretación de las normas procesales", que "al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales de derecho procesal de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes";

i) Finalmente, a mi modesto entender, existiendo denuncia penal contra los integrantes de la Sección, la competencia está suspendida para la decisión de fondo desde el recibo de la recusación con la prueba de la presentación de la denuncia penal ante el juez competente, pudiendo el juez recusado sólo tramitar él, o los incidentes de recusación, que es para lo único que la competencia subsiste hasta cuando la recusación sea decidida, mayormente cuando ésta tiene fundamento en la causal 7ª del artículo 142 del C. de P. C., caso en el cual sólo es posible rechazar la recusación cuando no se adjunta la constancia sobre existencia de la denuncia. Pienso, entonces que no es procedente rechazar la recusación.

Con todo respeto,

Carmelo Martínez Conn.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / CONTRIBUCION DE VALORIZACION

No puede confundirse la creación o establecimiento de tributos o contribuciones con la decisión de ordenar la ejecución de una obra financiera por una contribución ya establecida. Los actos demandados simplemente ordenaron realizar una obra financiada por el sistema de la contribución de valorización, sistema consagrado en normas legales y regulado específicamente en el ámbito municipal.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1591. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de diciembre 9 de 1986, proferida por el Tribunal de Risaralda. Actor: Inversiones Julia Jaramillo Mejía Ltda., Inversiones J.J. Ltda. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por el señor apoderado del Fondo Rotatorio de Valorización Municipal de Pereira contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 9 de diciembre de 1986, mediante la cual decretó la nulidad de: La Resolución número 50 de 24 de octubre de 1985, la Resolución número 26 de 4 de julio de 1985 y la Resolución número 34 de 5 de septiembre de 1985, de la Junta Directiva del Fondo Rotatorio de valorización que establece la citada Resolución 50 de 24 de octubre ramillo de Mejía Ltda., no estaba obligada a pagar la contribución de valorización que establece la citada Resolución 50 de 24 de octubre de 1985.

Antecedentes:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la sociedad actora demandó "...la nulidad de todos los actos administrativos que ulteriormente se indicarán y que culminó con la expedición de la Resolución número 50 de 24 de octubre de 1985 proferida por la Junta Directiva del Fondo Rotatorio de Valorización Municipal de Pereira".

Indicó como actos demandados los siguientes:

—Resolución 50 de 24 de octubre de 1985, por la cual se aprobó el cuadro de liquidación definitiva de contribuciones, número 1163 que gravó con contribución de valorización a la sociedad Inversiones Julia Jaramillo de Mejía Ltda., Inversiones J.J. Ltda., obra número 5151.

—Resolución 26 de 4 de julio de 1985.

—Resolución 34 de 5 de septiembre de 1985.

Calificó a las dos últimas resoluciones como actos administrativos preparatorios o de trámite y fueron ellas las que ordenaron la ejecución de una obra por el sistema de la contribución de valorización y definieron su zona de influencia.

Como consecuencia, la actora solicitó que se declarara que no estaba obligada a pagar la contribución de valorización ordenada en la Resolución 50 de 24 de octubre 1985.

De acuerdo con lo anterior, la sociedad actora solicitó la anulación de actos de contenido particular, la Resolución 50 de 24 de octubre de 1985 y actos de contenido general, las Resoluciones 26 de 4 de julio y 34 de 5 de septiembre de 1985, proferidas por la Junta Directiva del Fondo Rotatorio de Valorización de Pereira.

La sentencia recurrida:

La sentencia de primera instancia resolvió favorablemente las peticiones de la demanda porque consideró que el Fondo Rotatorio de Valorización de Pereira había establecido un tributo, violando así el artículo 43 de la Constitución Nacional y el numeral 7º del artículo 197 *ibídem*, pues a su juicio sólo el Concejo Municipal podía votar contribuciones.

También consideró el *a quo*, que los actos demandados infringían lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 97 de 1913, según el cual "corresponde a los Concejos Municipales disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de poblaciones y caseríos".

Con fundamento en la sentencia proferida por el mismo tribunal en el expediente número 328, actor: Gloria Edith Sánchez Ramírez afirmó: "Como en el caso *sub judice*, los actos acusados dimanan de la norma que en la sentencia pretranscrita este tribunal declaró nula por inconstitucional, sirven los mismos argumentos para inaplicarla aquí, tal como lo solicita la parte actora y en consecuencia declarar nulos los actos acusados".

El recurso de anulación:

El señor apoderado del Fondo Rotatorio de Valorización de Pereira propone dos cargos contra la sentencia del tribunal *a quo:*

1. Violación directa por falta de aplicación del artículo 26 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 84, 85, 163 y 164 del Decreto 01 de 1984.

2. Violación directa por aplicación indebida de los artículos 43 y 197 numeral 2º, en concordancia con el artículo 215, todos de la Constitución Nacional.

En síntesis, los desarrolla así:

Primer cargo.

Precisa que en el proceso contencioso administrativo general u ordinario existen principalmente dos acciones: La de nulidad y la de restablecimiento del derecho y precisa que las disposiciones que consagran dichas acciones (arts. 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo) no son normas de orden adjetivo sino sustantivo, porque tienen que ver con el derecho de defensa de los administrados.

Afirma que dichas disposiciones fueron violadas, por cuanto el actor intentó en una misma demanda dos acciones diferentes, la de nulidad contra las Resoluciones números 26 y 34 de 1985, y la de restablecimiento del derecho con fundamento en la anulación de la Resolución número 50 de 1985, y la declaración hecha por el *a quo*, en el sentido de que la actora, no estaba obligada a pagar suma alguna por concepto de contribución de valorización derivadas de las obras a que se refieren las disposiciones administrativas ya mencionadas.

Concluye que el proceso se tramitó, con la ocurrencia de una indebida acumulación de pretensiones y que no se observaron las disposiciones de los artículos 84 y 85 del Código de lo Contencioso Administrativo que establecen juzgamiento por el procedimiento del juicio ordinario, para uno de los actos si éste es de carácter general, o a través de un juicio de restablecimiento del derecho, si el acto acusado es de carácter individual.

Considera, que el tribunal ha debido hacer uso de la facultad de declarar la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por acumulación indebida de pretensiones, de acuerdo con las facultades que le otorga el inciso 2º del artículo 154 del Decreto 01 de 1984, según el cual deben declararse en la sentencia las excepciones propuestas y cualquiera otra que se encuentre probada.

Segundo cargo.

Lo hace consistir en una infracción directa por aplicación indebida, de los artículos 43 y 197, atribución segunda, de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 215 de la Carta.

Si bien es cierto que en tiempo de paz solamente los Concejos, las Asambleas, y el Congreso pueden de conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, establecer impuestos, el fallo de instancia erró al considerar que la Junta Directiva del Fondo Rotatorio de Valorización Municipal de Pereira había creado un impuesto o una contribución.

Lo que la Junta Directiva de aquella entidad municipal hizo, a través de las resoluciones acusadas, fue decretar una obra pública y fijar su zona de influencia para el cobro de la valorización, pero no crear dicha contribución o valorización la cual fue establecida por la Ley 25 de 1921 y regulada además por la 195 de 1936.

Considera que, lo que podría sostenerse es que la Junta Directiva al ordenar las obras pudo haber infringido el artículo 4º de la Ley 97 de 1913 que otorga a los Concejos la facultad de disponer lo conveniente al trazado, apertura, ensanche o arreglo de las vías públicas, lo que es, según la opinión del recurrente, jurídicamente controvertible frente a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 1ª de 1943, según el cual los municipios señalarán la forma de hacer efectivo el impuesto de que trata este artículo sin sujeción a las normas legales anteriores a la presente ley; anota que el artículo 4º de la Ley 97 citada estaría derogado por la Ley 1ª de 1943 y que, siendo una disposición o una facultad de los concejos de carácter legal, podría ser delegable por los citados concejos en organismos administrativos municipales creados por ellos y atendiendo a esa facultad de delegación el Concejo de Pereira al establecer como competencia de la Junta Directiva decretar las obras que deben ejecutarse por valorización tuvo esa voluntad, por lo cual infiere que el acto acusado no es contrario tampoco, como lo consideró la sentencia de instancia, a las disposiciones citadas.

Consideraciones de la Sala:

Procede la Sala a analizar en primer lugar, el cargo planteado por la recurrente de violación directa por aplicación indebida de los artículos 43 y 197 numeral 2º en concordancia con el artículo 215 de la Constitución Nacional.

El artículo 43 de la Constitución Nacional prescribe que en tiempo de paz la facultad para establecer impuestos en el nivel municipal, corresponde exclusivamente a los respectivos concejos.

El artículo 197, ordinal 2º de la misma Constitución Nacional dispone que los Concejos Municipales podrán votar de conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas las contribuciones y gastos locales, previsión que debe entenderse en *el sentido* de que son los Concejos Municipales la autoridad local competente para "establecer contribuciones".

Pero, no puede confundirse la creación o establecimiento de tributos o contribuciones con la decisión de ordenar la ejecución de una obra financiada por una contribución ya establecida.

Para el caso de autos, la Ley 21 de 1925 creó el que entonces se denominó "impuesto de valorización", en los siguientes términos:

"Establécese el impuesto directo de valorización consistente en una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local...".

Posteriormente diferentes normas regularon el tema y autorizaron a las entidades territoriales y descentralizadas para realizar obras financiadas a través de la contribución de valorización y para establecerla, distribuirla y recaudarla.

Tales normas son: Ley 63 de 1938, Ley 1ª de 1943, Decreto legislativo 858 de 1956, Ley 25 de 1959 y el Decreto legislativo 1604 de 1966.

Las normas citadas son entonces las que establecen y regulan la contribución de valorización y según dicha regulación, los municipios y otras entidades descentralizadas por servicios o funcionalmente pueden realizar obras financiadas a través de dicha contribución.

En el Municipio de Pereira, su Concejo Municipal, mediante el Acuerdo número 3 de 1978 creó un establecimiento público del orden municipal, el Fondo Rotatorio de Valorización, encargado precisamente de "...la construcción de las obras que la Administración Municipal de Pereira decida ejecutar por el sistema de valorización...".

La sentencia recurrida consideró que los actos demandados habían *establecido* la contribución de valorización y violado por tanto, el artículo 43 de la Constitución Nacional, en concordancia con el ordinal 2º del artículo 197 *ibídem*, apreciación equivocada a juicio de la Sala, toda vez que los actos demandados, simplemente ordenaron realizar una obra financiada por el sistema de la contribución de valorización, sistema consagrado en las normas citadas y regulado específicamente en el ámbito municipal.

Se configuró entonces, la violación directa de los citados artículos constitucionales por errada aplicación de los mismos y además se desconocieron las normas sustantivas que regulan la citada contribución, por todo lo cual debe prosperar el recurso de anulación interpuesto por la parte actora.

Es del caso anotar que el fallo recurrido se fundamentó en una sentencia del mismo tribunal proferida en el expediente número 328, actor: Gloria Edith Sánchez Ramírez, la cual fue revocada con argumentos similares a los ya enunciados, mediante fallo de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de 28 de julio de 1989 (Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano).

Así las cosas, habiendo prosperado uno de los cargos propuestos por el recurrente, se hace innecesario entrar a analizar el otro cargo, más cuando el fundamento esencial de la sentencia recurrida fue revocado por esta Corporación.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

Falla:

1º Anúlase la sentencia de diciembre 9 de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual decretó la nulidad de las Resoluciones número 50 de 24 de octubre de 1985, número 26 de 4 de julio de 1985 y número 34 de 5 de septiembre de 1985 y declaró que la Sociedad Julia Jaramillo de Mejía Ltda., Inversiones J.J. Ltda. no estaba obligada a pagar la contribución de valorización a que se refiere la citada Resolución número 50 de 1985.

2º En su lugar deniéganse las súplicas 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, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TITULO IV

CAPITULO I

INDEMNIZACIONES

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

FALLA DEL SERVICIO/EMBARGO DE CREDITOS

Cuando se habla de falla o falta del servicio no se está haciendo alusión a la vieja noción de servicio público, entendida como "la actividad de una persona o de un organismo público tendiente a satisfacer una necesidad de interés general", sino a cualquiera actividad que desarrolle la administración o que deba desarrollar por razón de su naturaleza y fines. Si los créditos no estaban embargados —y no podían estarlo porque no se habían cumplido los requisitos de que trata el artículo 680-4 del C. P. C.—, mal puede deducirse responsabilidad al departamento por la pretendida omisión en el cumplimiento de una obligación que no nació a la vida jurídica precisamente por no haberse cumplido los presupuestos de la norma que impone ciertas obligaciones al deudor de un crédito embargado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., once de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5446. Actor: Sociedad Vehileasing S. A.

Cumplido el trámite procesal correspondiente, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida, el 27 de marzo de 1988, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso que contra el Departamento del Valle del Cauca promovió la Sociedad Vehileasing S. A., y por la que se denegaron las súplicas de la demanda.

Antecedentes:

1º La actora solicitó que se declarara que el Deparatamento del Valle del Cauca es "civil y administrativamente responsable de los perjuicios causados por omisión en el cumplimiento de la orden judicial de embargo y secuestro hasta por la suma de catorce millones cuatrocientos mil pesos ($ 14.400.000.00) moneda corriente, emitida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, dentro del proceso ejecutivo seguido por Gustavo Samper Rodríguez, en su calidad de

endosatario al cobro de la Sociedad Vehaleasing S. A. (sic) contra el ingeniero Hely Franky Rojas...", que se ordene al mismo departamento que proceda a poner a disposición del citado juzgado la indicada cantidad y que se le condene al pago de los perjuicios causados por dicha omisión, perjuicios que dijo estimar en la misma cantidad, con la correspondiente revalorización.

2º La sentencia apelada, luego de transcribir los hechos de la demanda, enumerar las disposiciones violadas y sintetizar la contestación que hizo de aquella el gobernador del Departamento del Valle del Cauca, por intermedio de apoderada especial, así como del concepto fiscal, resolvió denegar las súplicas del actor porque en concepto del *a quo* no se presentó la falla del servicio alegada por él pues cuando la orden de retención de dineros que se adeudaren por la Gobernación al señor Hely Franky Rojas, "fue recibida por la entidad territorial ya no la adeudaba suma alguna (.) por cuanto las cuentas que aún no se le habían cancelado éste (.) has (sic) había cedido en favor del señor Gustavo Adolfo Aguilera Garramuño, desde el 2 de septiembre de 1982, cesión realizada, según todos los elementos aportados al proceso, de manera legal y válida" por lo cual a la administración no le era imposible poner a órdenes del juzgado sumas de dinero que ya no pertenecían al señor Franky Rojas, aparte de que el actor fundó su demanda en la violación de disposiciones o normas civiles de derecho privado cuando, de haberse dado una responsabilidad por falta del servicio ella se hubiera dado "dentro de los principios del derecho público...", y dijo no aceptar la ampliación de sus peticiones, hecha por el actor, en el acápite "*otro aspecto de la 'falla en el servicio'*" de su alegato de conclusión pues contraviendo el principio de la lealtad procesal de acuerdo con el cual el alegato de conclusión debe circunscribirse a los precisos términos en que se presentó la demanda, por lo cual tampoco tuvo en cuenta las consideraciones incluidas por el actor en la solicitud que formuló de audiencia pública y que el *a quo* rechazó.

3º El actor fundamentó su demanda en los siguientes hechos que se sintetizan así:

a) El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali en virtud de auto ejecutoriado, mediante oficio número 1398 de diciembre 12 de 1985 comunicó a la Tesorería Departamental del Valle del Cauca el decreto de embargo y secuestro preventivo "de las sumas de dinero que por cualquier concepto adeude *la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca* al demandado señor Hely Franky Rojas, limitando el embargo hasta la suma de catorce millones cuatrocientos mil pesos moneda corriente" y le ordenó efectuar las retenciones del caso y su depósito en el Banco Popular.

b) El citado oficio fue entregado "a la Gobernación del Valle del Cauca en el despacho del tesorero del departamento el día 12 de diciembre de 1983".

c) El 12 de enero de 1984 el tesorero general encargado del citado departamento, a petición del actor, certificó la existencia de órdenes de pago definitivas que a 12 de diciembre de 1983, adeudaba la Gobernación al ingeniero Hely Franky Rojas, las que relacionó y que sumaban $ 15.347.405.10.

d) Hasta la fecha de la demanda, según el actor, la Gobiernación del Valle del Cauca no había dado cumplimiento a la mencionada orden de embargo y secuestro preventivos, ni, en consecuencia había situado las sumas de dinero a la orden del despacho judicial correspondiente.

e) El incumplimiento no fue explicado ni justificado por el gobernador del Departamento del Valle del Cauca, pero "obra en el juzgado mencionado comunicación de uno de los llamados mandos medios de la Gobernación..., que se denomina ...oficial de Embargos Judiciales, donde trata de explicar o justificar ante el juzgado el incumplimiento de la orden judicial".

f) Por lo anterior, el actor se dirigió, al gobernador del departamento, en comunicación de febrero 14 de 1984, radicada en su despacho el 16 del mismo mes y año, poniéndole de presente el incumplimiento de la orden judicial y solicitándole que corrigiera esa conducta.

g) El director del Departamento Administrativo Jurídico de la Gobernación dio respuesta a la comunicación anterior el 14 de mayo de 1984 adjuntando un oficio de 4 del mismo mes y año, dirigido al Tesorero General del Departamento del Valle del Cauca, en donde "adopta el criterio de dejar en manos de la justicia ordinaria la decisión final de los dineros embargados".

h) Afirmó que tales hechos le han ocasionado graves perjuicios, materiales y morales los cuales, dijo "serán estudiados, comprobados y cuantificados en aparte correspondiente" de la demanda.

4º El Departamento del Valle del Cauca, demandado, se opuso a las pretensiones de la demanda expresando que en ningún momento quiso causar perjuicios al endosatario al cobro de los créditos de la sociedad Vehileasing S. A.; que le fue imposible dar cumplimiento al oficio del Juzgado Civil del Circuito de Cali porque el señor Franky Rojas había endosado y cedido las cuentas que se le debían desde el 2 de septiembre de 1982; que el mismo juzgado aceptó, según constancia de 1º de octubre de 1984 y certificado de 9 de noviembre de 1984, que no existían bienes embargables "por haber sido endosadas las cuentas con anterioridad", las sumas de dinero estaban por fuera del patrimonio del ingeniero Franky Rojas y, por consiguiente, el departamento "no es responsable de los perjuicios que se haya (sic) ocasionado al departamento al no existir cuentas embargables"; que el oficio del juzgado fue dirigido a la Tesorería Departamental y no

se notificó debidamente al gobernador ni fue enviado al oficial de embargos judiciales del departamento y por no contener las prevenciones de que trata el numeral 4º del artículo 681 del C. de P. C., dio lugar a que no se hubiera comunicado oportunamente al juzgado; que "no se podía proceder a efectuar embargos sobre créditos que pertenecen a un tercero"; y que si el endosatario al cobro de la Sociedad Vehileasing S. A., hubiera sido acucioso se habría dado cuenta de los vacíos que tenía el oficio del juzgado y habría solicitado se aclarara y "no tendría hoy lugar la presente demanda, porque desde un principio hubiera habido claridad".

Propuso, el mismo departamento, en su contestación a la demanda, las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de inexistencia de la obligación. La primera la hizo consistir en que "le corresponde a la Sala Civil del Tribunal del Valle (sic) examinar la actuación del Juzgado Cuarto Civil del Circuito, quien fue muy enfático en aceptar por medio de la constancia de 1º de octubre de 1984 y certificación de 9 de noviembre de 1984 que el embargo tantas veces mencionado por el demandante no surtió efecto, por haber sido endosadas las cuentas con anterioridad en favor del señor Gustavo Aguilera Garramuño, por lo tanto, no existían bienes embargables, y no al honorable Tribunal Contencioso Administrativo", según lo estipulado en los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo. La segunda la fundó en que el departamento "no está en la obligación de reconocerle al demandante ninguna suma de dinero porque desde el 2 de septiembre de 1982" el ingeniero Franky Rojas no tenía cuentas pendientes de pago por lo cual no podía surtir efecto alguno la comunicación del juzgado de 12 de diciembre de 1983, agregando que no se configuró daño alguno "debido a que una orden de embargo no significa pago y para que se configure indemnización de perjuicios debe haber daño emergente por no haberse cumplido una obligación... y lucro cesante...; lo cual no se dio en el caso de autos, porque desde el 2 de septiembre de 1982 el Departamento del Valle no tenía órdenes de pago pendientes a favor del ingeniero Hely Franky Rojas".

5º En su libelo sustentatorio del recurso de apelación, la sociedad actora pide se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda argumentando, también en síntesis, que:

a) La acción que se entabló fue "la de reparación directa y cumplimiento, regulada por el artículo 86 del Decreto 01 de 1984, por haberse presentado la falla del servicio por parte del Departamento del Valle del Cauca por la omisión de éste al no haber dado cumplimiento de la (sic) orden legalmente impartida por el señor Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali de poner a su disposición (sic) las sumas de dinero que ese departamento le adeudaba al señor Helu (sic) Franky Rojas" y que éste le debía a la actora.

b) La acción instaurada "es totalmente ajena al análisis de si existió o no cesión legal de las cuentas embargadas, si la Gobernación canceló o no dichas cuentas y todos los demás argumentos a que se limitó señalar y estudiar la sentencia recurrida", que a su modo de ver "en nada inciden sobre la configuración de la falla del servicio", que estima "ampliamente probada dentro del proceso".

c) El hecho de que se hubieran citado unas normas del Código Civil "no es razón suficiente, ni válida ni legal para sostener, como lo hace la sentencia apelada, que no se pudo apreciar la responsabilidad de las entidades administrativas con estas normas civiles y en los términos del derecho privado, por cuanto era necesario hacer la alusión de estas normas, para señalar y explicar lo que realmente existió o sucedió" en este caso.

d) En la demanda se señalaron en forma implícita disposiciones de la Constitución Nacional pues se indicó que existió falla del servicio por omisión "conducta que conlleva la desprotección de una persona en sus bienes".

e) El no señalar una norma expresamente, en la demanda, "no es razón suficiente para sacrificar el derecho de una persona en aras de un formalismo riguroso..."; el *a quo* ha debido estudiar esta clase de responsabilidad, regida por el derecho público, a la luz del mismo, por ser ésta una controversia del derecho administrativo sometida a los principios del derecho público como lo son los propuestos en la demanda.

f) Luego de enumerar los elementos constitutivos de la por él llamada "responsabilidad extracontractual por falla del servicio", dice que el hecho generador en que consiste la falla se encuentra probado en el expediente pues: existe la orden del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali a la Gobernación en donde dispone 'poner a sus órdenes las sumas que le adeude a Helí (sic) Franky Rojas'; se encuentran los títulos que demuestran la deuda a favor de la actora; consta que los dineros "nunca fueron consignados oportunamente por la demandada"; y está demostrado que la Gobernación "aceptó poner a órdenes del juzgado correspondiente las sumas de dinero por él requeridas, a través del Banco Popular y cambió su actitud casi *tres meses después* al avisar de un supuesto endoso y de esta forma negarse en adelante... a entregar el dinero..." (subrayas del texto).

g) La "falla del servicio de la Gobernación del Valle del Cauca hizo nugatoria cualquier acción (de la demandante), por la omisión de la administración ...obteniendo como resultado de tal omisión que hubiera tomado otras medidas a tiempo que le facilitaran la recuperación (del) dinero, daño que obviamente se traduce a un perjuicio económico..."

h) En cuanto al otro aspecto de la falla del servicio "se remite a lo dicho en el alegato de conclusión. Este "otro aspecto" consiste

para el memorialista en haber comunicado y certificado, el tesorero y el oficial de embargo de la Gobernación, la existencia de cuentas pendientes de pago a favor del ingeniero Franky Rojas el 12 de diciembre de 1983, sin mencionar cesión, lo cual sólo vino a comunicarlo el 3 de febrero de 1984 al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, lo que implica que trasgredió lo ordenado en el artículo 681 numeral 4º inciso 3º del C. de P. C., e incurrió en consecuencia en una falla del servicio.

6º La Fiscal Segunda de esta Corporación conceptúa que el tesorero departamental del Valle del Cauca omitió dar oportuna contestación al oficio del Juzgado Civil del Circuito, omisión que "se relaciona con un deber civil contenido en el artículo 681 número 4º del C. de P. C., y que consistía en informar al juzgado dentro del plazo señalado en la misma", de los hechos a que se refiere, pero que esta omisión "no fue de un servicio público a cargo del demandado", sino que consistió en un "mal proceder del tesorero", conducta "relacionada directamente con una actividad propia del derecho común y no de un servicio público a cargo del departamento", todo lo cual la lleva a decir que el juez civil fue quien hubiera "podido por competencia hacer responder del pago al departamento" y no lo hizo, por lo cual concluye que la demanda no ha debido ser admitida, ya que "el Tribunal no era el competente para conocer del presente asunto"; solicita, entonces, la revocatoria del fallo apelado y la declaración de nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción (fls. 149 a 153 cdno. 1).

7º La apoderada especial de la parte demandada no presentó alegato durante esta segunda instancia.

Consideraciones:

1º Cuando la administración actúa lo hace, desde el punto de vista jurídico, a través de actos, hechos, operaciones y vías de hecho. Además, cuando la administración no actúa, debiendo actuar, la omisión en hacerlo produce consecuencias jurídicas.

La doctrina y la jurisprudencia han venido integrando poco a poco la teoría de la falta o falla del servicio con el fin de explicar la naturaleza y fijar los límites de la responsabilidad extracontractual de la administración pública, algo diferente a la de los particulares pues mientras la de éstos se funda casi siempre en su actividad culposa, fácilmente identificable en la autoría material, la de administración es anónima y en general no se precisa determinar quién actuó en un caso dado o a quién de los varios que usualmente actúan se le puede imputar, por culpa o dolo, el hecho dañoso.

El doctor Antonio J. de Irisarri, en conferencia dictada en la facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario el pasado año al explicar la formación de la noción de falta

del servicio anotaba que había surgido como instrumento para dar solución en el campo del derecho administrativo al problema, que en el derecho privado se plantea también, de la imputabilidad del hecho dañoso causado por una persona jurídica.

En el derecho privado, en un principio se estimó que la responsabilidad de las personas jurídicas era indirecta por cuanto que al carecer de personalidad física o material quienes obraban y actuaban y con ello causaban daño eran sus funcionarios o dependientes y se la encuadró dentro del concepto de responsabilidad por el hecho ajeno, lo que implicaba para el perjudicado, si quería triunfar en sus pretensiones de ser indemnizado, que acreditara que el daño había sido causado por una persona plenamente identificada, que ésta había actuado culposa o dolosamente y además, que tenía un vínculo de subordinación con la persona jurídica, la cual, entonces, para eximirse de responsabilidad, podía demostrar que había sido diligente y cuidadosa en la vigilancia y elección de su dependiente. Pero, casi desde un principio se advirtió la difícil condición probatoria en que se colocaba a la víctima y se llegó a la conclusión que de seguirse por esta vía los daños quedarían sin la debida reparación.

Además, posteriormente, se concluyó que si la persona jurídica podía en el campo civil, adquirir derechos y contraer obligaciones, era por ser capaz y porque esas obligaciones podían tener su fuente en cualesquiera de las reconocidas por la ley como eficaces (el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la misma ley), por lo cual su responsabilidad no era indirecta sino directa, con lo cual, entonces, a la víctima le bastaba establecer una conducta culposa, sin necesidad de identificarla en una determinada persona y sin que aquella pueda escapar a sus consecuencias probando diligencia y cuidando en la escogencia de sus servidores, sino sólo cuando demuestre fuerza mayor o caso fortuito.

En el derecho administrativo se ha utilizado la noción de falla o falta del servicio para determinar que la administración es responsable cuando el servicio público no se presta, cuando se presta deficientemente o cuando aunque se preste se hace inoperante en el tiempo o en el espacio, es decir, inadecuadamente. Con esta concepción se facilitó la posición de la víctima por cuanto ya no está obligada a demostrar la culpa del agente sino que le basta acreditar, como explica el mismo doctor De Irrisari, la falla funcional, orgánica o anónima del servicio y, obviamente el daño y la relación de causalidad entre aquélla y éste.

Y aquí es conveniente advertir, como lo hizo la Sala en fallo de 28 de noviembre de 1987 (Expediente núm. 5004) que "el hecho de que se diga que la falla en casos de responsabilidad estatal es objetiva o anónima debe entenderse únicamente en el sentido de que no se requiere identificar al agente o funcionario que cometió la infracción, no que se prescinde de esa falla y que el demandante, entonces, no

tendrá que probar sino el daño y la relación causal, como sucede en los eventos de responsabilidad objetiva o daño especial. En otros términos, en la teoría de la falla del servicio no desaparece propiamente la culpa, sino que ésta se enfoca dentro de la perspectiva del derecho público con el nombre de falta, identifíquese o no el agente autor del hecho dañoso, porque lo que se pretende con ella es evidenciar que el servicio, como un todo, funcionó inadecuadamente y por eso se causó el daño. En otros términos, se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la falla o falta de la administración".

Pero en este instituto de la falla o falta del servicio no se subsumen todos los casos de posible responsabilidad extracontractual del Estado, sino que ésta se encuentra también cuando con un acto administrativo ilegal se causa un perjuicio, o cuando con ocasión de trabajos públicos se ocasiona un daño o, en fin, cuando ocurre el que se denomina como "daño especial", que se presenta cuando un administrado o grupo de administrados sufren un perjuicio al romperse con relación a ellos el principio de la igualdad frente a las cargas públicas (este caso lo estudió la Corporación, por ejemplo, con ocasión de la demanda presentada por un ciudadano contra el Distrito Especial de Bogotá por la desvalorización ocurrida a su propiedad por la construcción de un puente vehicular. Expediente núm. 4493).

Volviendo a los casos de responsabilidad por falla o falta del servicio debe anotarse que la administración compromete su responsabilidad no sólo cuando el acto se realiza en ejercicio de la actividad pública sino cuando se omite y de ahí que no se habla sólo de falla sino también de falta.

Es conveniente advertir que cuando se habla de falla o falta del servicio no se está haciendo alusión a la vieja noción de servicio público, entendida como "la actividad de una persona o de un organismo público tendiente a satisfacer una necesidad de interés general", sino a cualquiera actividad que desarrolle la administración o que deba desarrollar por razón de su naturaleza y fines.

No se puede, entonces, decir, como lo hace la colaboradora fiscal en el caso concreto que ahora debe fallarse, que la omisión del Departamento del Valle del Cauca en contestar el oficio del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali por el cual se le informaba del decreto de embargo de las sumas de dinero que la Gobernación adeudaba a una persona y se le ordenaba efectuar su retención y situar los dineros a órdenes del juzgado, por intermedio del Banco Popular (fls. 6 y 79 cdno. 1), fue la omisión de un deber civil que no constituía "un servicio público a cargo del demandado". No, la actividad que debía cumplir el tesorero —y que se alega por el actor, omitió— correspondía a una función pública y como tal, las consecuencias, dañosas de su actuación cae bajo la jurisdicción contenciosa administrativa en virtud

de la demanda presentada. No es del caso, entonces, acceder a la declaración de nulidad que solicita en su vista fiscal.

2º No se presta a dudas que si un bien ha sido embargado por orden de autoridad jurisdiccional, éste se encuentra fuera del comercio y que la disposición que de él se haga en estas condiciones es nula de nulidad absoluta por objeto ilícito (arts. 745, 1521 y 1741 del C. C.).

Pero, cuándo un bien que consista en un crédito se considera embargado? Esta pregunta la ha contestado en forma muy clara la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 4 de mayo de 1988 (juicio ordinario de Ever de Jesús Zuluaga Grisales contra Gildardo Arcila García), al decir que en el contexto del numeral 4º del artículo 681 del Código de Procedimiento Civil "el embargo de un crédito queda perfeccionado, y por supuesto produce los efectos que prevé la ley, cuando al deudor se le notifica la medida con la entrega del oficio que reúna los requisitos que dicha disposición señala. Significa, pues, que el perfeccionamiento del embargo del crédito es el efecto de cumplirse los requisitos que dicha norma prescribe, de donde resulta que si dichos requisitos no se cumplen cabalmente ese efecto no se produce ni, como consecuencia, tampoco los efectos del embargo".

Y cuáles son esos requisitos? Pues el de identificar el crédito, el de prevenir al deudor que debe hacer el pago al secuestre (quien entonces podrá efectuar su cobro judicial) y el hacerle firmar el recibo del correspondiente oficio (y si el deudor se negare a afirmarlo, lo hará por él cualquier persona que presencie el hecho). La entrega al deudor del oficio en que se le comunique que el crédito ha sido embargado, constituye la notificación de éste.

Y expresó la Corte Suprema de Justicia, en la misma oportunidad, que "Las formas de los actos procesales, entre ellas las de los de comunicación, son imperativas y si es aceptable que la omisión de formalidades no causa ineficacia en cuanto se cumpla el propósito, sí devienen ineficaces si por su omisión el fundamento o *ratio legis* de las formas se lesiona. Por consiguiente, el embargo de derechos crediticios, para su eficacia en guarda de los derechos de acreedor como de los del deudor, tiene que perfeccionarse con el cumplimiento de las formalidades que las normas de procedimiento determinan, una de ellas la prevención al deudor de que el pago deberá hacerlo al secuestre, prevención necesaria para que sepa la consecuencia si paga a su acreedor y para que no se vea expuesto a los efectos del retardo injustificado.

"Por lo tanto, la finalidad legal no se alcanza si el mecanismo o medio no se observa cabalmente, es decir, simplemente no hay embargo perfeccionado y por supuesto el pago que haga el deudor a su acreedor no queda afectado de la inutilidad que la establece".

Es tanta, pues, la trascendencia de guardar las formas relativas al embargo de un crédito que precisamente por no haberse cumplido con la prevención, no obstante que al deudor —en el caso decidido por aquél altísimo tribunal— en el oficio se le comunicó el embargo y se le ordenó acusar su recibo e informar sobre la existencia del crédito, citando entre paréntesis el numeral 4º del artículo 681 del C. de P. C., la Corte consideró que el pago que, con posterioridad al recibo de la comunicación, hizo el deudor a su acreedor, había sido válido y no accedió a declararlo nulo en el proceso que siguió quien había promovido el embargo contra quien efectuó el pago, y agregó que la cita de la norma "no puede significar que se cumpla esa formalidad ni que por no poder alegarse ignorancia de la ley, el deudor tuviera que saber como única verdad, que no podía pagarle a su acreedor, sin interesarle ninguna otra circunstancia", por lo cual, concluyó, no podía, en ese evento, hablarse de pago nulo por haberse embargado la deuda, según la previsión del artículo 1636-2 del C. C.

3º Pero es más, no todos los bienes se embargan de igual forma y el procedimiento que debe seguirse para el embargo de una clase de ellos no puede adoptarse para los de otra clase; el artículo 681 mencionado dice cómo se practica el de los bienes sujetos a registro (num. 1º); cómo el de los derechos por mejoras o cosechas de quien ocupe un predio (num. 2º); cómo el de los bienes muebles no sujetos a registro, excepto el de los muebles para los cuales se señalan requisitos o formalidades especiales en este mismo artículo (num. 3º); y cómo es el caso de los créditos (num. 4º); cómo el de los créditos embargados en otro proceso (num. 5º); cómo el de acciones, bonos certificados de depósitos, unidades de fondos mutuos, títulos similares a efectos públicos nominativos (num. 6º); cómo el del interés de un socio en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada u otra de personas (num. 7º); cómo el del interés de un socio en sociedades civiles (num. 9º); cómo el de salarios (num. 10); el de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares (num. 11); y cómo el de derecho proindiviso en bienes muebles (num. 12).

Habiendo ya estudiado los requisitos para que pueda tenerse como embargado un crédito, la Sala se detiene en lo relativo a embargo de sumas dinero, por interesar para los efectos de este fallo, según se verá más adelante.

Si las sumas de dinero están en poder del deudor, demandado en el proceso ejecutivo dentro del cual se produce el embargo, éste deberá efectuarse mediante su secuestro, según lo previene el numeral 3º, pues se tratará de bienes muebles. Si tales sumas, en realidad, son la expresión numérica de un crédito, para efectuar su embargo debe procederse en la forma prescrita por el numeral 4º; y si se tratare de sumas depositadas en un banco o entidades similares, la orden de embargo deberá comunicarse a la correspondiente entidad mediante oficio (del cual deberá firmarse recibo), e indicando la cuantía máxi-

ma de la medida. La entidad bancaria o similar deberá consignar las sumas retenidas en la cuenta de depósitos judiciales, dentro de los tres días siguientes.

Las mismas razones expuestas por la Corte Suprema de Justicia para considerar que el embargo de un crédito no puede considerarse perfeccionado sino con el cumplimiento total de los requisitos prescritos en el numeral 4º se aplican al caso del numeral 11.

4º Ahora bien, el demandado acompañó con su demanda una copia del oficio número 1398 de 12 de diciembre de 1983 (fl. 6, cdno. 1), y otra copia debidamente autenticada, también acompañó la parte demandada en la contestación que dio a la misma demanda (fl. 79, cdno. 1), oficio que reza así:

"Comunico a ustedes que éste despacho dentro del proceso *ejecutivo (con medidas previas)*, propuesto por el doctor Gustavo Samper Rodríguez, contra el señor Hely Franky Rojas, en auto de la fecha, ha decretado el embargo y secuestro preventivo de las sumas de dinero que por cualquier concepto adeude la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca al demandado señor Hely Franky Rojas, limitándolo el embargo hasta la suma de catorce millones cuatrocientos mil pesos ($ 14.400.000.00) moneda corriente".

"En consecuencia, sírvase efectuar las retenciones del caso y situar los dineros a órdenes de este juzgado, por intermedio del Banco Popular de la Ciudad".

Salta a la vista que el juzgado aplicó al embargo de los créditos a cargo del Departamento del Valle del Cauca y a favor del señor Hely Franky Rojas el procedimiento que la ley (art. 681) señala para el de sumas de dinero depositadas en bancos o instituciones similares, cuando ha debido darle el específico que la misma norma señala para el de créditos, pues de éstos se trataba.

Entonces, si esos créditos no estaban embargados —y no podían estarlo porque no se habían cumplido los requisitos de que trata el numeral 4º del artículo 680 del C. de P. C., mal puede deducirse responsabilidad a dicho departamento por la pretendida omisión en el cumplimiento de una obligación que no nació a la vida jurídica precisamente por no haberse cumplido los presupuestos de la norma que impone ciertas obligaciones al deudor de un crédito embargado.

Ante la realidad procesal indicada no puede hablarse de ninguna clase de falla o falta del servicio por parte de la entidad territorial demandada y, por consiguiente, habrá de confirmarse la sentencia apelada que, como se dijo, denegó las súplicas de la demanda.

Es de anotar que el *a quo no* hizo pronunciamiento alguno sobre las excepciones de incompetencia de jurisdicción e inexistencia de la obligación formuladas por la parte demandada.

En cuanto a la primera, como ya se dijo al estudiar la petición de nulidad formulada por la colaboradora fiscal, es indudable que la actuación que dio origen a la demanda es el desarrollo de una función pública que, en caso de producir consecuencias dañosas, queda bajo la jurisdicción contencioso administrativa.

En lo que se relaciona con la segunda, no es una excepción propiamente dicha puesto que se funda en una apreciación genérica y, por otra parte, lo que busca el demandante es precisamente que se declare la existencia de una obligación a cargo del demandado.

Se adicionará, entonces, el fallo recurrido en el sentido de denegar las excepciones propuestas.

Decisión:

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

Falla:

1º Confírmase el fallo recurrido.

2º No se accede a declarar la nulidad impetrada por la Fiscal Segunda de la Corporación.

3º Deniéganse las excepciones de incompetencia de jurisdicción e inexistencia de la obligación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión de fecha 8 de junio de 1988.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

*FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA/Arma oficial/*IURA NOVIT CURIA

El juez, al calificar la realidad histórica del proceso, y prevaliéndose del principio "iura novit curia", *goza de la facultad de determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto objeto de la decisión.*
El arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación del perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir. Cuando se prueba que el nexo instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio, era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio.

PERJUICIO MORAL/LESIONES

Cuando a raíz de una actuación administrativa una persona pierde uno de sus órganos vitales, la situación de inferioridad en la cual queda respecto de sus congéneres, genera angustia, zozobra, en una palabra, dolor profundo, que debe ser por tanto indemnizado en su máxima expresión, esto es, mediante mil gramos oro. Si bien es cierto dicho tope máximo está establecido jurisprudencialmente para los eventos de muerte, para parientes próximos, ello no es óbice para que la Sala establezca el tope máximo cuando se trata de una anomalía física, con hondas repercusiones morales y síquicas, con la cual ha de convivir por el resto de sus días.

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

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Proyectó: *Doctor Juan Carlos Henao Pérez.*

Referencia: Expediente número 2852 (252). Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez.

Procede la Sección a dictar sentencia en el proceso de reparación directa y cumplimiento incoado por el señor Jorge Arturo Herrera Velásquez, contra la Nación —Ministerio de Defensa— Policía Nacional, a raíz de las lesiones sufridas por aquel, el 25 de diciembre de 1976.

I. *La demanda:*

En demanda presentada el 19 de diciembre de 1979, el apoderado del señor Jorge Arturo Herrera Velásquez, solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

> "*Primero.* Se declare a la Nación colombiana —Ministerio de Defensa Nacional—, Policía Nacional, responsable de las lesiones corporales sufridas por mi poderdante Jorge Arturo Herrera Velásquez, en hechos ocurridos en el corregimiento de Guayabetal municipio de Quetame Cundinamarca el día 25 de diciembre de 1976, cuando fue herido con arma de fuego por parte del agente de la Policía Nacional Adán Escobar Collo, provocando la pérdida de su miembro inferior derecho.
>
> "*Segundo.* Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación colombiana debe pagar a mi poderdante la totalidad de los perjuicios materiales que le fueron causados con motivo de dichos sucesos y que se demuestren pericialmente en este proceso o posteriormente por el procedimiento señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.
>
> "*Tercero.* Que la Nación colombiana debe pagar a mi poderdante el valor de los perjuicios morales de todo orden causados con la lesión corporal sufrida en las circunstancias de modo, tiempo y lugar a que se contrae el proceso.
>
> "*Cuarto.* Que se actualice el valor o monto de los perjuicios de acuerdo con el valor adquisitivo de la moneda en la fecha de la sentencia; que se hagan los incrementos anuales de sus entradas o ingresos e igualmente que en la indemnización se distingan dos períodos: el de los perjuicios actuales debidos y los futuros, y que para el primer período se condene a la Nación a pagar a mi poderdante el valor de los intereses de las sumas debidas" (fl. 2 y vto. cdno. 1).

El autor del libelo relató así los hechos:

> "1. El día 25 de diciembre de 1976, se encontraba mi poderdante celebrando las festividades navideñas en las inmediaciones de su casa de habitación ubicada en el corregimiento de Guayabetal municipio de Quetame Cundinamarca.

"2. Inesperadamente se presentó una discusión entre mi poderdante y el señor Julio Rey en la que terció Adán Escobar Collo, agente de la Policía Nacional, quien sin que fuera injuriado física ni verbalmente desenfundó su arma de dotación oficial y la disparó contra la humanidad de mi poderdante.

"3. Como resultado de tal disparo Jorge Arturo Herrera Velásquez recibió una herida en la cara anterior, tercio inferior del muslo derecho que al atravesarlo lesionó el paquete vasculo-nervioso.

"4. Por tal motivo, el día 31 de diciembre de 1976 se le practicó a mi poderdante la amputación del miembro inferior derecho a la altura de los cóndillos del fémur.

"5. El responsable de tal lesión, señor Adán Escobar Collo era para el momento que tuvieron ocurrencia los hechos, miembro en actividad de la Policía Nacional, adscrito al Departamento de Policía del Meta y que se encontraba gozando de vacaciones.

"6. El arma con que se causó la lesión a mi poderdante lo fue el revólver marca Colt, calibre 38 largo con número 595621 y perteneciente al Departamento de Policía Meta, es decir, que es dotación oficial y que de manera injustificada se encontraba en ese momento en poder del agente Escobar Collo, quien se encontraba en vacaciones.

"7. Este hecho constituye una típica falla en el servicio de Policía, pues son numerosas las disposiciones legales y reglamentarias o de orden interno de la Policía Nacional que prohíben que sus miembros porten armas de dotación oficial fuera de servicio.

"8. El agente Adán Escobar Collo ha sido sometido a un proceso penal sindicado de lesiones personales en la humanidad de mi poderdante, proceso que ha cursado en el Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza, en el Juzgado Promiscuo Municipal de Quetame, en donde actualmente se encuentra llamado a juicio y próxima a celebrarse la respectiva audiencia pública.

"9. Al momento de ser lesionado mi poderdante, contaba con veinticuatro años de edad, siendo un joven y entusiasta comerciante, propietario de un almacén de víveres y abarrotes en el corregimiento de Guayabetal, municipio de Quetame del que devengaba su subsistencia y contribuía a la de sus padres y hermanos menores.

"10. Con motivo de la lesión sufrida, mi poderdante duró cerca de año y medio sin poder atender a sus obligaciones de

orden laboral, a los compromisos comerciales o de crédito contraídos, quedando su negocio en manos de terceros y sufriendo considerable mengua tanto en su patrimonio como en sus ingresos.

"11. Así mismo, la lesión ocasionó enormes gastos de orden médico, quirúrgico, farmacéuticos, hospitalarios y ortopédicos, pues estuvo en grave peligro su vida y hubo de ser atendido en el hospital regional de Villavicencio, Clínica Bogotá y Hospital Militar de Bogotá, sometido a varias intervenciones quirúrgicas y finalmente a complicados y costosos aparatos ortopédicos que le permitan precariamente desenvolverse en su vida económica a pesar de que como es evidente la lesión le resta en más de un cincuenta por ciento su capacidad laboral normal y por toda su vida.

"12. En igual forma la lesión causada en los hechos aquí descritos, han causado serios traumatismos de orden síquico y moral y de convivencia social a mi poderdante, pues ante la carencia de uno de sus órganos de locomoción, se encuentra en una situación de anormalidad y de incapacidad frente al grueso del mundo que lo rodea" (fls. 2 vto., 3 y 3 vto.).

II. *Los alegatos de las partes:*

A pesar de que mediante auto de 23 de febrero de 1988, el consejero conductor del proceso corrió traslado a las partes para que se sirvieran presentar sus alegatos por escrito, éstas guardaron silencio durante tal término.

III. *El concepto fiscal:*

Solicita la colaboradora fiscal la denegatoria de las súplicas de la demanda. Para ello expresó, en síntesis, lo siguiente:

"Tenemos pues que en el presente caso, no están plenamente probadas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se sucedieron los hechos. Por otra parte se pudo establecer que el agresor no actuó en calidad de agente de la Policía Nacional, pues estaba por fuera del servicio y el arma que utilizó no era oficial. Su proceder no tiene ninguna relación con la prestación del servicio público. Tampoco se podría afirmar, pues no se estableció, que hubiera actuado valiéndose de su condición de agente de la policía.

"No es posible declarar la responsabilidad del ente demandado, por no existir la falla del servicio, elemento indispensable en los procesos de ésta naturaleza" (fls. 14, cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

Para la Sala se encuentran debidamente probados los siguientes hechos:

1. El señor Jorge Arturo Herrera Velásquez fue herido por el agente de la Policía Nacional, Adán Escobar Collo, el día 25 de diciembre de 1976, en la localidad de Guayabetal (fls. 107, 108, 110, cdno. 2).

2. Como consecuencia directa de la anterior herida, y a raíz de una gangrena seca, debió amputársele al señor Herrera Velásquez el miembro inferior derecho, a la altura de los cóndillo del fémur (fls. 2, 3 y 252, cdno. 2).

3. El agente de la Policía Nacional se prevalió de arma de dotación oficial para causar la herida al ciudadano Herrera Velásquez (fls. 94, 102, 115, 121 y 134, cdno. 2).

4. El agente de la policía Escobar Collo pertenecía en momentos del insuceso a la Policía Nacional (fls. 58, 67, cdno. 2), y el 25 de diciembre de 1976 se encontraba gozando de vacaciones (fls. 84, 86, 89 y 121, cdno. 2).

5. El agente de la policía contabilizaba sanciones que totalizan nueve días de arresto severo, para el día en que causó el perjuicio que ahora se cuestiona (fl. 77, cdno. 2).

6. El agente agresor murió el 8 de enero de 1980 (fl. 56, cdno. 2) y fue dado de baja por esta causa mediante la Resolución 0099-80 (fl. 54, cdno. 2).

Frente a la situación fáctica descrita, considera la Sala oportuno exponer algunas consideraciones sobre los elementos necesarios para que se configure la responsabilidad estatal en eventos en que el perjuicio es causado por armas de dotación oficial.

I. *La elección del régimen de responsabilidad:*

A pesar de que del libelo demandatorio pueda colegirse que se imputa una falla del servicio por omisión de la Policía Nacional, al haber permitido que uno de sus miembros saliera a vacaciones portando armas de dotación oficial, estima la Sala que ello no es óbice para que el juez, al calificar la realidad histórica del proceso, y prevaliéndose del principio *iura novit curia,* goce de la facultad de determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto que es objeto de la decisión. En efecto, la escogencia de uno de los varios regímenes de responsabilidad y, con ello, la exigencia de las condiciones que su aplicación supone para que la responsabi-

lidad del Estado pueda ser declarada ante determinados perjuicios, es tarea que corresponde realizar libremente al juez, a menos que dichas condiciones estén contempladas expresamente en la ley.

En sentencia de febrero 20 de 1989 (Expediente núm. 4655, actor: Alfonso Sierra Velásquez), la Sala dio aplicación a estas mismas ideas en los siguientes términos:

> "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 demuestren".

Teniendo en cuenta lo anterior, se abstendrá la Sala de estudiar en el presente caso la posible falla del servicio por omisión que hubiere podido cometer la Policía Nacional, al no impedir el egreso a vacaciones de uno de sus miembros, portando un arma de dotación oficial con la que a la postre causó el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende mediante el presente proceso. Y estima irrelevante el análisis de dicho elemento, porque considera que el arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir.

En este sentido, se expresó la Sala en sentencia de 27 de abril de 1989 (Expediente núm. 4992, actor: Olga Celis de Sepúlveda), en la cual afirmó:

> "Probado está que el agente de la Policía Nacional causó el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende en el presente proceso, con arma y cartuchos de dotación oficial. Se presenta así, en el caso en estudio, la existencia del nexo instrumental mediante el cual el servicio colocó al agente en posibilidad de causar el perjuicio. Este nexo sería por sí sólo suficiente para declarar la responsabilidad de la administración, habida consideración de la peligrosidad extrema que tales instrumentos conllevan".

Puede entonces afirmar la Sala que la prueba de la falla del servicio, cuando se trata de perjuicios causados con arma de dotación oficial, no es necesaria para comprometer la responsabilidad de la Nación, siempre y cuando, obviamente, se haya probado el hecho dañoso y su relación causal con el perjuicio.

Sobre el particular dijo recientemente la Sala:

> "Si bien es cierto el enfoque de la demanda y su prueba no permiten la prosperidad de la misma, la Sala considera, con apoyo en el principio *iura novit curia*, que la interpretación racional de los hechos permite hacer un enfoque diferente para concluir que sí se comprometió la responsabilidad de la Nación por la presunción de responsabilidad que se le puede imputar a ésta por el hecho de los conscriptos sometidos a instrucción militar; actividad de especial peligrosidad, no sólo por los peligros que ella implica para los que la reciben, sino por la manipulación de equipos y armas de extraordinario riesgo". (Sentencia de 28 de abril de 1989. Exp. núm. 3852; actor: Jairo Rodríguez Durán).

En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se observa que no hay motivo alguno para variar tal posición jurisprudencial; por el contrario, dicha posición debe ser reiterada: cuando se prueba que el nexo instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio, era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio.

Por ello, entiende la Sala que frente a este tipo de perjuicios, el régimen aplicable es el denominado de la falla del servicio presunta.

II. *Caracterización del régimen de la falla del servicio presunta:*

En sentencia de febrero 20 de 1989, precitada, se había expresado la Sala sobre el régimen de la falla del servicio presunta, en éstos términos:

> "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 donde la falta o falla es presunta. En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse éste 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 este sentido, la ausencia de falla del servicio, demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de impu-

tabilidad, 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".

Ahora bien: La Sala considera conveniente precisar las características fundamentales del régimen de la falla del servicio presunta, para los eventos en los cuales los perjuicios han sido causados con armas de dotación oficial, así:

1. La aplicación de la regla *actori incubit probatio* se atenúa respecto de la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al demandante, sino que el *onus probandi* no cobija la prueba de la falla del servicio, aunque sí la del hecho causante del daño y su relación con el mismo. Corresponde por tanto al actor probar sólamente la existencia de un perjuicio, que debe guardar relación de causalidad con la utilización del arma de dotación oficial.

2. El perjuicio causado con arma de dotación oficial, hace presumir la falla del servicio, puesto que, al ser el mecanismo de la presunción una técnica probatoria que sólo exonera al actor del aporte de la prueba de la falta, no excluye el análisis que de la misma puede realizar el juzgador. Es pues, un régimen en el cual la falla del servicio si está presente, lo que implica que se excluye, por definición, toda aplicación de la teoría del riesgo y de cualquier otro régimen de responsabilidad objetiva.

3. Por ser presunta la falla del servicio ésta puede ser desvirtuada por la administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar probanza contraria que impida al juzgador extraer las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que pesa sobre la administración.

4. En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de falla, se exonera de su responsabilidad. Mas para que ello sea así, el juez debe llegar a la convicción de que el actuar administrativo fue de tal manera prudente y diligente, que el perjuicio ocasionado con el arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falta suya. Ello es apenas obvio, en la medida en que, como lo ha dicho la Sala "pesa sobre las Fuerzas Armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas" (sentencia de 27 de abril de 1989, precitada), debiendo por tanto, acreditar esa extrema prudencia y diligencia en las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, para dar por establecida la ausencia de falta de la administración.

5. El hecho o la culpa de la víctima, al igual que en todos los regímenes de responsabilidad, exonera o atenúa, según el caso, la responsabilidad estatal.

En efecto, dicha causal implica que el hecho causante del daño no es imputable al ente demandado, sino que, por el contrario, lo es a un comportamiento de la víctima. Sin embargo, estima la Sala oportuno recordar que no puede confundirse para dicho efecto, el nexo de causalidad con el de simultaneidad. Bien es sabido que en múltiples ocasiones puede ocurrir que simultáneamente al hecho causante del perjuicio, se observe un proceder reprochable de la víctima, que no necesariamente conlleva la exoneración de la administración. Precisamente por cuanto la administración está obligada a una suma y extrema prudencia y diligencia en el porte y uso de armas, la culpa de la víctima jugaría un papel eximente sólo en la medida en que guarde relación causal con la producción del perjuicio, a punto tal que se constate que la administración fue obligada a utilizar, legítimamente, dicha arma.

6. El hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la administración, siempre y cuando se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a éste último, produciéndose claramente la ruptura de la relación causal.

7. La fuerza mayor exonera igualmente a la administración. En efecto, su existencia supone que ésta no ha cometido falla alguna, y ello porque la causa de la falla del servicio no puede imputarse a la administración, sino a un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que supuestamente causó el perjuicio.

8. El caso fortuito, al contrario, en su concepción moderna administrativa de *causa desconocida*, no exonera a la administración frente a éste tipo de perjuicios. Al decir del profesor Paul Amselek, "todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis misma, que en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en las que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio" (citado por F. Lorens-Fraysse, *"La presomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité"*, L.G.D.J., Paris, 1985, p. 147), puesto que, precisamente, la consecuencia de la concepción de la presunción de falta radica en que la víctima no tenga necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocerse cómo se produjeron dichas circunstancias, corresponderá al demandado asumir la duda que rodea las circunstancias exactas en las que advino al perjuicio.

Estima la Sala, de acuerdo con el profesor Amselek, que en el evento de presentarse un caso fortuito, en su acepción ya dicha, es a la administración a quien le corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que sobre ella pesa, y que consiste en determinar a priori, y dada la peligrosidad de las armas, que un perjuicio causado con la utilización de una de ellas, se debe a falla del servicio.

III. *El análisis del caso concreto:*

Con base en las anteriores consideraciones, procede la Sala al estudio de los elementos necesarios para determinar si la responsabilidad de la administración puede o no ser declarada en el caso de autos.

a) La relación causal.

Probado está que con el disparo realizado por el agente Escobar Collo Adán, sobre la humanidad del hoy demandante, el 25 de diciembre de 1976, se le causó a éste el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende.

Del mencionado disparo, materializado con arma de dotación oficial, se presume la falla del servicio, que como se ha dicho, puede ser desvirtuada por la existencia de una cualesquiera de las causales de exoneración que tengan la virtud de escindir el nexo causal imputable a título de falla, a la Policía Nacional.

De otra parte no encuentra la Sala establecida ninguna de las causales exonerativas procedentes en el régimen de responsabilidad por falla del servicio presunta, que han quedado vistas.

En efecto, ni la fuerza mayor, ni el hecho de un tercero, aparecen configurados en el presente evento, habida consideración de que se conoce con certeza que el agente de la policía Escobar Collo Adán propinó disparo, con arma de dotación oficial, al hoy demandante.

Debe, sí, la Sala estudiar con mayor detenimiento la culpa de la víctima en el presente caso, ya que su procedencia determinaría además, si el servicio actuó o no con la extrema diligencia y prudencia con las que ha de actuar en situaciones similares. En estos eventos, normalmente el estudio de la culpa de la víctima supone el de la ausencia de falla del servicio, puesto que ambas remiten obligatoriamente al análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que rodearon la producción del perjuicio.

Para la Sala se encuentra debidamente acreditado que en el momento de los insucesos la víctima se encontraba ebria, blandiendo un machete en forma amenazante (fls. 103, 107, 112, 113, cdno. 2), en el curso de una riña en la que terció el agente de la policía cuando realizó el disparo. Sin embargo, dado el estado de ebriedad en el que

se encontraba la víctima, habida cuenta de la distancia que lo separaba del agente de policía (a fls. 112, 113 y 111, cdno. 2, está establecido que este último efectuó el disparo en momentos en que, después de retroceder varios pasos, se encontraba alejado de la víctima); habida consideración de que el agente de policía no realizó los tiros al aire que ordenan los reglamentos (fls. 115, cdno. 2) y dado que el dicho agente era el único que portaba arma de fuego (fl. 125, cdno. 2), no puede darse por establecida la culpa de la víctima. Por demás, no puede el juez llegar a la convicción de la extrema prudencia y diligencia que debe predicarse de las actuaciones estatales, cuando de la utilización de armas de fuego se trata.

También tiene en cuenta la Sala, que en el concepto de la Policía Nacional, contenido en el informativo número 007, que obra a folios 122 cuaderno 2, al solicitarse el retiro de la institución del agente agresor, se afirma: "Que el comando del Departamento de Policía del Meta y LLOO solicite a la Dirección General de la Policía Nacional, el retiro de la institución en forma absoluta y con nota de mala conducta al agente Escobar Collo Adán, por ser responsable de faltas que contempla y sanciona el Reglamento de Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, en su libro 1, título II, capítulo III, artículo 82, en concordancia con el Decreto 2340 de 1971 de la carrera profesional de agentes. Título IV, artículo 36, literal b, numeral 2; consistente en haber salido a disfrutar de vacaciones sin hacer entrega del revólver de dotación oficial, portarlo sin autorización de ningún superior habiéndole causado lesiones con dicha arma al señor Jorge Arturo Herrera Velásquez, *sin causa justificada;* hechos ocurridos en el Municipio de Guayabetal el día 25 de diciembre de 1976" (el subrayado es de la Sala). De igual tenor es el concepto de la Policía Nacional, (obrante a fl. 125, cdno. 2).

Así las cosas, estima la Sala que en el caso de autos no puede hablarse ni de culpa de la víctima, ni de ausencia de falla de servicio. Como se ha dicho con anterioridad, a pesar de que concomitantemente con la causación del perjuicio la víctima realice hechos reprochables, ello no implica automáticamente que dicha relación de simultaneidad se convierta en relación de causalidad frente al perjuicio. Para que ello fuere así, se requeriría que la culpa de la víctima juegue un papel tal en la causación del perjuicio, que lleve a sostener que el servicio utilizó legítimamente el arma de dotación oficial. Pero ello no ocurrió en el caso de autos, en el cual se utilizó el arma de dotación oficial en forma innecesaria e imprudente.

No se logró pues, desvirtuar la presunción de falla del servicio que sobre la Policía Nacional recae en el *sub judice.*

b) *El perjuicio.*

Establecido está que a raíz del disparo con arma de dotación oficial, debió serle amputado el miembro inferior derecho al demandante, a la altura de los cóndillos del fémur (fls. 2, 3, 252 cdno. 2).

Habida consideración de que dicho perjuicio, de conformidad con el *petitum* de la demanda, contiene varios rubros, procederá la Sala a estudiarlos separadamente, así:

1. *El perjuicio moral.*

En varias ocasiones la Sala ha considerado procedente la indemnización por perjuicio moral, cuando de pérdida de órganos se trata (ver por ejemplo, junio 19 de 1984, Exp. núm. 3583, actor: María Nelly Castro de López; abril 26 de 1985. Exp. núm. 3140, actor: Edwin Francisco Mendoza Jiménez). Y es que, realmente, cuando a raíz de una actuación administrativa una persona pierde uno de sus órganos vitales, la situación de inferioridad en la cual queda respecto de sus congéneres, genera angustia, zozobra, en una palabra, dolor profundo, que debe ser por tanto indemnizado en su máxima expresión, esto es, mediante los 1.000 gramos oro que sirven de tope máximo a la Corporación para el resarcimiento de este tipo de perjuicios.

En sentencia de 3 de septiembre de 1987, expresó la Sala al respecto:

> "Por este concepto se reconocerá el equivalente a un mil (1.000) gramos oro, habida consideración de la gravedad de la lesión sufrida por la demandante, que le produce dolor y descompensación emocional fruto de las angustias propias de ésta clase de limitaciones. No puede dejarse de lado que se trata de una mujer, joven, que sólo tenía 31 años y 7 meses de edad cuando ocurrió la tragedia. Las restricciones a que se ha visto sometida después del accidente, así como las incomodidades que representan el uso permanente de una prótesis, producen en la víctima un dolor similar al que ocasiona la muerte de un ser querido" (Exp. núm. 2762. Actor: Teofilde Alvarez Martínez).

Y en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se observa que la amputación del miembro inferior derecho a la que se vio sometido el demandante, por la actuación administrativa, no puede menos que causar descompensación emocional profunda, habida consideración de las restricciones con las cuales ha quedado la víctima, produciéndosele así un dolor moral que el otorgamiento de la dicha indemnización busca atenuar. Si bien es cierto dicho tope máximo está establecido jurisprudencialmente para los eventos de muerte, para parientes próximos, ello no es óbice para que la Sala establezca el tope máximo cuando se trata de una anomalía física, con hondas repercusiones morales y síquicas, con la cual ha de convivir por el resto de sus días el hoy demandante, quien para la fecha del perjuicio contaba tan sólo con 24-2 años de edad.

2. *El perjucio material.*

A pesar de existir a folios 263 y siguientes del cuaderno 2 un completo dictamen pericial sobre la cuantía de los perjuicios mate-

riales, no podrá la Sala tenerlo en cuenta, por mandato expreso del inciso 4º del artículo 388 C. P. C. En efecto, según consta en informes secretariales (fls. 275 verso y 278 verso del cdno. 2), no fueron cancelados los honorarios fijados a los señores peritos mediante auto de 30 de julio de 1987, a pesar de que se requirió para tal efecto a la parte actora (fl. 276, cdno. 2).

Sin embargo, no cabe duda a la Sala, que dichos perjuicios materiales existieron, habida consideración de que se probó fehacientemente que el señor Jorge Arturo Herrera Velásquez laboraba para la fecha de producción del perjuicio, en forma independiente, como propietario comerciante de un almacén de víveres y abarrotes en el corregimiento de Guayabetal (fls. 225, 234, 236, 237 y 239 cdno. 2), y que a raíz del perjuicio, su capacidad laboral quedó disminuida de por vida, en un setenta por ciento (70%), según dictaminó el médico jefe de la Sección de Medicina del Trabajo, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (fl. 256 del cdno. 2).

Pero la cuantía de los perjuicios materiales que por este concepto habrá de reconocérsele al demandante, no puede ser establecida, puesto que no pudo determinarse cuánto ganaba mensualmente el perjudicado. De las múltiples declaraciones que obran en el expediente al respecto (fls. 234, 236, 237, 239 y 241 del cdno. 2), nada puede saberse con certeza, pues a más de ser disímiles los montos, son todos aproximativos. Por ello, la Sala procederá a la condena *in genere* prevista en los artículos 307 y 308 del C. P. C., que se hará con base en las siguientes pautas:

1. Se establecerá pericialmente el monto de las utilidades netas que obtenía el señor Jorge Arturo Herrera Velásquez, en su comercio de víveres y abarrotes, durante el último año anterior a las lesiones de que fue objeto, para cuyo efecto se tendrán en cuenta los libros y papeles de comercio obligatorios, debidamente llevados, las declaraciones de renta, no extemporáneas en relación con fecha de presentación de la demanda, presentadas por el actor y correspondientes a los años gravables de 1975 y 1976, y toda otra prueba que se arroje certeza sobre el monto de tales utilidades.

2. En caso de no demostrarse el nivel de ingresos netos mencionados con arreglo a la pauta contenida en el numeral anterior, se calculará el perjuicio aludido con base en el valor del salario mínimo mensual, y distinguiendo dos períodos: a) El transcurrido entre el momento de la causación del perjuicio (25 de diciembre de 1976) y la fecha de ejecutoria de este fallo; b) El futuro, o sea el que corre a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la presente sentencia, y la vida probable del demandante, atendiendo las tablas colombianas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria, las que se allegarán a los autos en el trámite incidental. La liquidación por ambos períodos se hará teniendo en cuenta sólo la incapacidad laboral del

70% determinada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que obra a folio 252 cuaderno 2.

3. Las condenas se actualizarán, de acuerdo con las orientaciones de la jurisprudencia de la Sala, para lo cual se aportarán al expediente, los índices de precios al consumidor, certificados por el DANE.

Respecto de los otros perjuicios materiales solicitados por el actor, considera la Sala que no se podrá proceder a su codena, por las razones siguientes:

1. No aparece probado el tiempo que la víctima estuvo incapacitada, puesto que las declaraciones que obran al respecto (fls. 235, 237 y 240 cdno. 2) son disímiles, y la historia clínica de la Clínica Bogotá, S. A. (fl. 3, cdno. 2), por ser documento privado, no ratificado debidamente en el proceso, carece de mérito probatorio (C. P. C., art. 277-2).

2. Lo propio ocurre con los supuestos gastos médico asistenciales, quirúrgicos, de drogas, etc., en que se afirma incurrió el demandante (fls. 6, 7, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 24, 25, 27 y 29, cdno. 2), que por estar probados mediante documentos privados no ratificados en el proceso, no podrán ser tenidos en cuenta por la Sala.

3. El documento privado suscrito por la señora Cecilia de Castillo (fl. 30, cdno. 2), en el cual afirma que durante dos meses transportó a la víctima, a razón de $ 12.000 mensuales, tampoco será tenido en cuenta por la Sala, por las razones anotadas anteriormente.

4. Los documentos públicos obrantes a folios 9 y 10 cuaderno 2 se presumen auténticos, pero lo que prueban es que los pagos allí consignados los realizó el señor Pastor Herrera, quien no aparece como demandante, siendo por tanto improcedente su declaración.

5. Las letras de cambio consignadas en folios 21 y 26 cuaderno 2, por $ 5.000.00 y $ 2.977.30 respectivamente, si bien se presumen auténticas, no se demostró que guardasen relación de causalidad alguna con lo gastado por el demandante para el restablecimiento de su salud. No procede, por tanto, condena alguna por tal concepto.

Por éstos motivos, la Sala no accederá a los perjuicios materiales que se acaban de mencionar.

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

Falla:

Primero. Declárase responsable a la Nación —Ministerio de Defensa— Policía Nacional, por falla presunta del servicio en la que de

manos de sus agentes, fue lesionado el señor Jorge Arturo Herrera Velásquez, el día 25 de diciembre de 1976, en las circunstancias analizadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación colombiana —Ministerio de Defensa— Policía Nacional a pagar, por perjuicios morales subjetivos, mil gramos oro (1.000) al señor Jorge Arturo Herrera Velásquez, identificado con la C. de C. número 3.142.036 de Guayabetal (Quetame), o a su apoderado.

Este valor se considera como condena *"in concreto"* y se tasará de acuerdo con la certificación del Banco de la República, sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Tercero. Condénase a la Nación colombiana —Ministerio de Defensa— Policía Nacional, a pagar al señor Jorge Arturo Herrera Velásquez, identificado con la C. de C. número 3.142.036 de Guayabetal (Quetame), o a quien lo represente para tal efecto, por concepto de perjuicios materiales, la suma que se determine por el procedimiento previsto en el artículo 308 del C. P. C., con sujeción a las pautas dadas en la parte motiva de éste fallo.

Cuarto. Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A.

Quinto. Deniégense las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 13 de julio de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE/FUERZA MAYOR

La fuerza mayor se caracteriza por ser imprevisible e irresistible. Un incendio en bodegas oficiales en las cuales se almacenan materiales de alta combustión, lejos de ser imprevisible, puede considerarse posible, dada precisamente la naturaleza de la actividad desarrollada por la empresa demandada y la de de las mercancías almacenadas. La ausencia de culpa invocada no exonera de responsabilidad a la parte demandada, porque ella es improcedente en un régimen de responsabilidad objetivo.

CONTRATO DE SEGURO-Perfeccionamiento

El contrato de seguro se perfecciona desde el momento de la vigencia de la póliza de transporte, independientemente de si el certificado de seguro expedido en virtud de la póliza es anterior, o posterior al siniestro.
REITERACION JURISPRUDENCIAL. Sentencia junio 17 de 1988, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

CONTRATO DE SEGURO/CONTRATO DE REASEGURO/DERECHO DE SUBROGACION/ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA-Improcedencia

El reaseguro es un instrumento contractual al servicio de los aseguradores, que les permite ceder la parte del riesgo que no pueden soportar y aunque exige siempre un contrato de seguro previo, que haga nacer el riesgo en el patrimonio del asegurador, es un contrato autónomo. El asegurador está autorizado, ipso jure, *para demandar del responsable del siniestro el monto de la indemnización pagada, hasta concurrencia de su importe. No es necesario deducir el valor de lo recobrado por reaseguro, porque el REASEGURADOR QUE PAGA A SU REASEGURADO NO ES TITULAR del derecho de subrogación, consagrado en la ley para el asegurado que sufre el daño. El asegurador-reasegurado tiene la obligación de dar participación en todo el recobro a su reasegurador, con lo que se descarta el proporcional en todo el recobro a su reasegurador, con lo que se descarta el enriquecimiento sin causa.*

REITERACION JURISPRUDENCIAL. Sentencia mayo 21 de 1987. Anales Tomo CXII, números 493-494, pág. 943 y ss.

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

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Colaboró: *Doctor Juan Carlos Henao Pérez.*

Referencia: Expediente número 3419 (136). Actor: Compañía Suramericana de Seguros S. A., y otros.

Procede la Sección a dictar sentencia en el proceso de reparación directa y cumplimiento, incoado por la Compañía Suramericana de Seguros S. A., la Compañía de Seguros La Andina S. A., la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S. A., la Compañía Aseguradora Grancolombiana S. A., y la Compañía Aseguradora COLSEGUROS S. A., contra la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, a raíz de los perjuicios sufridos por aquella, en las circunstancias que se estudiarán en la presente providencia.

Habiéndose quemado el expediente en los insucesos del Palacio de Justicia del 5 y 6 de noviembre de 1985, en momentos en los que se encontraba para fallo en el despacho del consejero conductor del proceso, su reconstrucción fue decretada mediante auto de julio 9 de 1987. Surtida ésta, sin que se encuentre nulidad alguna, se procede entonces a proferir sentencia.

I. *La demanda:*

En demanda presentada el 5 de octubre de 1981, el apoderado de la sociedad demandante solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

> "1. Que por los trámites previstos en el C. C. A. (Capítulo XV) indicado para tramitar el juicio indemnizatorio de mayor cuantía, se declare a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, administrativa o civilmente responsable por razón de la pérdida de 858.960 kilos de materia prima denominada Dimethel Terephthelate (D. M. T.) que venía con destino a la Empresa Enka de Colombia S. A., y destruidos por incendio en el Terminal Marítimo de Cartagena, estibados en 848, pallets en la siguiente forma: 137 pallets de 1.080 kilos cada uno para un total en kilos de 147.960, a razón de $ 43.71 cada kilo; y 711 pallets de 1.000 kilos cada uno, para

un total en kilos de 711.000 a razón de $ 41.20 cada kilo; hechas las operaciones aritméticas resulta, una pérdida total en pesos colombianos de $ 35.760.531.68 (treinta y cinco millones setecientos sesenta mil quinientos treinta y un pesos con sesenta y ocho centavos) según quedará establecido con la prueba que se aporta con la demanda y con la que más adelante, se pedirá si fuere necesario.

"2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes al pago de $ 35.760.531.68 o hasta la cantidad que resulte probada dentro del juicio, valor de la pérdida que se tuvo en la importación efectuada por la firma Enka de Colombia S. A., pérdida ésta que fue oportunamente indemnizada por mis poderdantes, para corresponder así el valor del perjuicio sufrido por la empresa aseguradora y en las siguientes proporciones $ 9.655.343.55, a Suramericana S. A., equivalente al 27%, $ 9.655.343.55, a la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S. A., o sea el 27%; $ 8.224.922.29, a la Compañía Aseguradora COLSEGUROS S. A., o sea el 23%; $ 4.648.869.12 a la Compañía Aseguradora Grancolombiana S. A., o sea, el 23% y $ 3.576.053.17 a la Compañía Andina de Seguros S. A., o sea el 10%.

"3. Que se condene igualmente a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, conforme a las disposiciones legales vigentes, a pagar a mis poderdantes, como lucro cesante, los intereses corrientes por la suma de $ 35.760.531.68 o por lo que resulte probado, desde el momento en que se produjo el daño patrimonial hasta la fecha que se realice el pago.

"4. Que el valor de las condenas que se solicitan, se actualicen al momento de la sentencia o de su pago, para compensar así la pérdida del valor adquisitivo de la moneda colombiana, y de acuerdo con jurisprudencia reiterada de esa Corporación" (fl. 22 a 24).

Los hechos planteados por el libelista (fls. 24 a 31 cdno. 1) en apoyo de sus pretensiones, son en síntesis los siguientes:

1. La sociedad Enka de Colombia S. A., importó desde la ciudad de Hamburgo (Alemania Occidental), 25.002 sacos de polietileno, contentivos de la materia D. M. T., estibados en 926 pallets (con 27 sacos cada pallets), lo cual arroja un total de 1.080.000 kilos del material. A raíz de un incendio en el patio número 10 del Terminal Marítimo de Cartagena, se perdieron 137 pallets de 1.080 kilos cada uno, para un total de 147.690 kilos, y un valor de $ 6.567.331.96.

2. La misma sociedad transportó igualmente 40.000 sacos contentivos de la materia D. M. T., con 1.000.000, de kilos estibados en 1.000 pallets, y de los cuales se dejaron de entregar, a raíz del incendio mencionado, 711.000 kilos, es decir, 711 pallets.

3. El martes 22 de abril de 1980, a eso de las 3:00 p.m., aproximadamente, se desató un voraz incendio en el patio número 10 del Terminal Marítimo de Cartagena, de propiedad de la demandada.

4. El incendio se desató en el patio mencionado, en el cual se encontraban almacenadas mercancías altamente inflamables (algodón, materias poliestéricas, etc.).

5. La mercancía a que hace referencia el hecho número 1, fue transportada por el vapor Irene Magic (Alemania), con el registro de importación número 01093 de febrero 11 de 1980, la factura comercial número 3103 65/01 de fecha 25-03-80, la factura consular 000696 de abril 2 de 1980, y el manifiesto de aduana número 010505 de 9 de mayo de 1980.

6. La mercancía a que hace referencia el hecho número 2, fue transportada desde Wilmington en el vapor Ciudad de Pasto, y venía amparada con el registro de importación número 34801572 de 9 de marzo de 1980, la factura comercial número A-4532 de fecha 27-03-80, la factura consular número 103 de 29 de marzo de 1980, y el manifiesto de aduana número 010261 de 6 de mayo de 1980.

7. La empresa demandada, por medio de certificados de entrega y recibo de las mercancías, de anotaciones en los manifiestos de aduana, y de actas de avería, admitió haber recibido completos los dos cargamentos de D. M. T., y haberlos entregado incompletos a los importadores.

8. En total, se dejaron de entregar 137 pallets de los transportados en el vapor Irene Magic, y 711 de aquellos transportados en el vapor Ciudad de Pasto, lo cual arroja un gran total de 858.960 (sic) kilos de D. M. T., faltantes.

9. La mercancía descrita fue asegurada desde sus lugares de origen (Wilmington y Hamburgo), hasta el Puerto de Cartagena por las siguientes compañías: Compañía Suramericana de Seguros S. A., Seguros La Andina S. A., Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S. A., Aseguradora Grancolombiana S. A., y Aseguradora COLSEGUROS S. A., contra todos los riesgos como falta de entrega, avería particular, incendio, saqueo, etc., mediante otorgamiento de los correspondientes certificados de transporte números 450746 y 450747, de 25 y 31 de marzo de 1980, y en aplicación a la póliza automática de seguros números 009437 de diciembre 26 de 1980 (sic).

10. En relación con la mercancía importada de EE.UU., en el vapor Ciudad de Pasto, mis poderdantes pagaron en pesos colombia-

nos la correspondiente indemnización con ocasión de la obligación asumida en el contrato de seguros y en los anexos del mismo así: Suramericana de Seguros S. A. $ 7.909.164..00, o sea el 27%; La Andina de Seguros $ 2.929.320.00, el 10%; Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S. A. $ 7.909.164.00 o sea el 27%; Aseguradora Gran Colombiana S. A., $ 3.808.164.00 13% y la Aseguradora COLSEGUROS S. A. $ 6.736.436.00, 23%. Estos pagos se hicieron en las siguientes fechas respectivamente: Suramericana de Seguros S. A., en mayo 29 de 1980; La Andina de Seguros S. A., en mayo 29 de 1980; Seguros Comerciales Bolívar S. A., en mayo 28 de 1980; Aseguradora Gran Colombiana, en enero 23 de 1981; Aseguradora COLSEGUROS S. A., en mayo 27 de 1980; esta indemnización, se repite, en lo que atañe a la mercancía transportada por el vapor Ciudad de Pasto y proveniente de Wilmington, Estados Unidos.

11. En cuanto a la mercancía importada de Alemania, en el buque Irene Magic mis clientes pagaron la siguiente suma: Suramericana de Seguros S. A., $ 1.746.179.55, 27%, Seguros La Andina S. A., $ 646.737.17, el 10%, Seguros Comerciales Bolívar S. A., $ 1.746.179.55, 27%, Aseguradora COLSEGUROS S. A., $ 1.487.486.29, 23%. Estos pagos se hicieron en las siguientes fechas: Suramericana de Seguros S. A., en mayo 29 de 1980, Seguros La Andina S. A., mayo 29 de 1980, Seguros Comerciales Bolívar S. A., en mayo 29 de 1980, Aseguradora Gran Colombiana S. A., en enero 23 de 1981, Colombiana de Seguros en mayo 27 de 1980.

12. A través de los certificados de liquidaciones de los siniestros y descargos, ya mencionados, se cedieron a la compañía demandante todos los derechos contra terceros responsables de la pérdida de la mercancía, aunque de todas maneras hay una subrogación automática de derechos.

II. *Los alegatos de las partes:*

Durante el término oportuno para presentar los alegatos por escrito, las partes guardaron la siguiente actitud procesal:

a) El apoderado de la parte actora.

Mediante memorial de septiembre 7 de 1983, obrante a folios 186 y siguientes el apoderado de la entidad demandante, solicita se acceda a las súplicas de la demanda, básicamente por los siguientes motivos:

> "Tanto el hecho dañoso como el perjuicio y la consiguiente relación de causalidad que exige esta clase de pretensiones, quedaron plenamente demostrados dentro del juicio con la amplia y muy clara prueba documentaria aportada al proceso y que su despacho decretó en su oportunidad.

"De la prueba en cuestión quedaron establecidos los siguientes extremos fácticos que sacan a flote la presente reclamación.

"1º La mercancía siniestrada, se encontraba debidamente amparada según el contrato de seguro a que se refiere la póliza número 009437 de diciembre de 1970 y no de 1980, como aparece en la demanda por un excusable error *mecanográfico*, en el cual incurrimos abogados y jueces, pero el error queda salvado al reposar en el expediente la póliza debidamente identificada y es a ella a la cual debemos atenernos, y con los certificados de transporte número 450746 de mayo 5 de 1980 y 457047 (sic) de la misma fecha anterior y que se refieren inequívocamente a la póliza número 009437 de 1970. Sobre la prueba del contrato de seguro volveré posteriormente.

"2º La mercancía así asegurada fue importada desde Alemania y Estados Unidos como se desprende de los manifiestos de aduana auténticos que se allegaron al juicio, licencias de INCOMEX, facturas comerciales, etc.

"Las mercancías así importadas fueron aseguradas en la suma de treinta y cinco millones setecientos sesenta mil quinientos treinta y uno con sesenta y ocho centavos moneda corriente ($ 35.760.531.68); tanto la importada de Alemania como la de Estados Unidos, según se comprueba con los certificados de liquidación de siniestro y de la constancia expedida por el representante legal de Enka de Colombia que acredita haber recibido a satisfacción el valor total de la indemnización.

"La mercancía importada de Alemania desde el puerto de Hamburgo consistió en veinticinco mil dos (25.002) sacos de polietileno (Dimetyl Terephthalate D. M. T.), y fue transportada desde el puerto de origen hasta Cartagena en el vapor Irene Magic. Y la importada desde Estados Unidos, puerto de Wilmington consistió en cuarenta mil (40.000) sacos de la misma materia prima, transportada en el vapor Ciudad de Pasto.

"3º Es un hecho probado en el juicio, pues, así lo admite Puertos de Colombia que la mercancía (en su totalidad) pereció en el incendio que se llevó a cabo en el patio número 10 del terminal marítimo de Cartagena el 22 de abril de 1980.

"4º Quedó establecido en la inspección judicial que se llevó a cabo al terminal de Cartagena patio número 10, cómo Puertos de Colombia no tiene elementos apropiados para sofocar un incendio de las características del sucedido el 22 de

abril, pues sólo posee anticuado carro modelo 1962, con elementos desuetos. Este sólo hecho constituye una imprevisión que crea el riesgo por el cual debe responder el Estado por medio de Puertos de Colombia.

"5º Se acreditó con los correspondientes certificados de avería, cómo la mercancía llegó sana al puerto de Cartagena, y cómo ésta pereció en el incendio de que ya se dio cuenta. Este hecho también aparece establecido en los manifiestos de aduana como en los informes de los ajustadores de seguros. El hecho claro fue que Puertos de Colombia no entregó la mercancía que había recibido en depósito necesario, y de ello debe responder a mis mandantes indemnizándola totalmente el valor de los seguros que éstos pagaron oportunamente a los importadores de la mercancía.

"6º La mercancía fue importada con todos sus documentos en regla tales como manifiestos de aduana, licencia de importación, pago de impuestos, pago de tarifas, y esta llegó sana al puerto de Cartagena donde pereció por culpa de Puertos de Colombia, que fue imprudente al embalar, o almacenar mercancía de altísima combustión como el algodón y las recinas en el mismo lugar. No debe olvidarse que veinte (20) días antes y en el mismo patio se había llevado a cabo un incendio de algodón y que según algunos funcionarios y ajustadores, pudo ocasionar el nuevo incendio, al dejar fuego latente dentro de algunas pacas que no alcanzaron a arder pero guardaron el fuego el cual se hizo evidente con nuevos estímulos. Tampoco debe olvidarse y ésto quedó plenamente establecido que el patio número diez (10) es colindante con la vía pública, donde Puertos de Colombia no tiene vigilancia de ninguna clase.

"7º De otra parte, señor consejero, el apoderado de la contraparte quiso establecer un presunto enriquecimiento sin causa por parte de mis clientes alegando que éstos se encontraban reasegurados. Pues bien: aunque el hecho es cierto en algunas compañías, lo cierto del caso es que también quedó probado que de conformidad con el contrato de reaseguro, cualquier suma que las compañías aseguradoras recauden en relación con el siniestro deben ser reintegradas a los reaseguradores. Así las cosas, en ningún momento puede presentarse el fenómeno del enriquecimiento sin causa, el cual sí se puede predicar de COLPUERTOS, si no indemniza debidamente a mis poderdantes. Dice el contrato de reaseguro allegado al proceso a solicitud de la contraparte en relación con sumas recaudadas lo siguiente: 'Todos los salvamentos y recuperaciones obtenidas con posterioridad a la liquidación de una pérdida, bajo este contrato serán aplicadas como si éstas

hubieran sido recuperadas o recibidas con anterioridad a la elaboración de dicha liquidación y las partes harán todos los ajustes que sean necesarios'.

"8º El estudio que se deja hecho de la prueba aportada al proceso se deja establecido el hecho dañoso, los perjuicios y el nexo de causalidad, extremos fácticos de la acción indemnizadora. Y, no puede hablarse de fuerza mayor, porque el daño se produjo por imprudencia de COLPUERTOS, no sólo por el antitécnico almacenaje de la mercancía, sino por falta de los elementos necesarios para sofocar un incendio. La fuerza mayor es la que proviene de la fuerza de la naturaleza, que es inevitable e incontrolable como, la avenida de un río, una inundación, etc. Pero hablar que un incendio sea constitutivo de caso fortuito, no pasa de ser una ingenuidad, hoy cuando el avance la técnica y de la ciencia ha creado tantos medios, no sólo para prevenir los incendios sino para evitarlos. Y en el caso a estudio el asunto es más grave porque la Empresa Puertos de Colombia había tenido un incendio de iguales proporciones al donde pereció la permancia (sic) por la cual se reclama, unos veinte (20) días antes, y nada se había hecho, con una experiencia tan reciente para separar las mercancías de fácil combustión, como el caso de la resina de polietileno, del algodón como se demostró en el proceso en el patio número 10, todo se almacena en forma igual, cualquiera que sea el grado de ignición que ofrezca la mercancía.

"Ahora bien señores consejeros: Aunque la fecha de los certificados (mayo 5 de 1980) sea posterior al siniestro (abril 22 de 1980), considero que es el caso de hacer un reexamen sobre la tesis de la corporación, sobre esta materia" (fls. 186 y 187, cdno. 1).

b) El apoderado de la entidad demandada.

A pesar de que no obra en el expediente el alegato de conclusión de la parte demandada, sin poderse saber a ciencia cierta si ello ocurrió porque no se presentaron, o porque se destruyeron en el incendio del Palacio de Justicia, la Sala retoma los argumentos esgrimidos por dicha parte, en la contestación de la demanda, para fijar su posición jurídica dentro del proceso:

"Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y en cuanto a los hechos estará a lo que resulte acreditado en el proceso.

"Propongo desde ahora los siguientes medios defensivos o excepciones perentorias:

"1ª *Inexistencia de la obligación.*

"La obligación indemnizatoria que se persigue en este juicio a cargo de la entidad que represento no existe:

"I) Porque el siniestro acaeció el día *veintidós (22) de abril de mil novecientos ochenta (1980),* y según la propia demanda el riesgo estaba amparado 'EN APLICACION A LA POLIZA AUTOMATICA DE SEGUROS NUMERO 009437 *de diciembre de 1980,* vigente" (fls. 121 y 126). Y al hacer la relación de pruebas a folio 146, la misma demanda incluye 'EL ORIGINAL DE LA POLIZA AUTOMATICA DE SEGUROS NUMERO 009437 DE *DICIEMBRE DE 1980,* VIGENTE' (*todas las mayúsculas son mías*).

"No existían, pues, el día de la conflagración interés asegurado,

"Y,

"II) Porque, como lo acreditaré en el término probatorio del proceso, la parte demandante obtuvo total o parcialmente el resarcimiento de la indemnización por cuenta de las compañías reaseguradoras.

"2ª *Fuerza mayor o ausencia de culpa.*

"El incendio de 22 de abril de 1980 (veintidós de abril de mil novecientos ochenta) se produjo a consecuencia de un caso de fuerza mayor, o sea de hecho irresistible.

"Y mi mandante, Puertos de Colombia había tomado todas las precauciones razonables para impedir el advenimiento del suceso. Es decir, como también lo patentizará en el curso del período probatorio, observó a plenitud el comportamiento de un buen padre de familia responsable, como depositario necesario, hasta de la culpa leve" (fls. 216 y 217 cdno. 1).

III. *Consideraciones de la Sala:*

Para la Sala se encuentran debidamente acreditados los siguientes hechos:

1. La Compañía Suramericana de Seguros S. A., actuando como "líder", suscribió póliza para seguro de transporte número 009437, obrando como aseguradora, con la sociedad Enka de Colombia S. A., y/o subsidiarias y/o filiales, quienes obran como aseguradas (fls. 57, cdno. 1 y 12, cdno. 2).

2. El cuadro de coaseguradores en la mencionada póliza, era el siguiente: Suramericana de Seguros S. A., el 27%; Aseguradora COLSEGUROS S. A., 23%; Seguros La Andina S. A., 10%; Aseguradora Grancolombiana, 13% y, Seguros Comerciales Bolívar, 27% (fls. 127, 142 cdno. 1; 44, 47, cdno. 2).

3. La mencionada póliza cobijaba los riesgos de falta de entrega, avería particular y saqueo, de materias primas, maquinaria (exceptuando el ensanche actual) y demás efectos de importación en que tenga interés el asegurado (fl. 57, cdno. 1, y 12 cdno. 2).

4. Dicha póliza comenzó a regir el 26 de diciembre de 1970, y no de 1980, como erróneamente lo afirmó el demandante en su demanda (fls. 57 y 58, cdno. 1; 12, cdno. 2). Por demás, el apoderado de la parte actora advirtió su error mecanográfico en varias oportunidades (fls. 157 y 189, cdno. 1).

5. La sociedad Enka de Colombia S. A., importó desde la ciudad de Hamburgo (Alemania Occidental), en el vapor Irene Magic, 25.002 sacos de polietileno, contentivos de la materia D. M. T., estibados en 926 pallets, y que arrojan un total de 1.080.000 kilos de material importado (fls. 110, 111, cdno. 1; 60, 61, cdno. 2).

6. Igualmente, la mencionada sociedad importó desde la ciudad de Wilmington (E. U. A.), 40.000 sacos de D. M. T., en el vapor "Ciudad de Pasto", con 1.000.000 de kilos estibados en 1.000 pallets (fls. 128, 130, cdno. 1; 103, 104, cdno. 2).

7. El 22 de abril de 1980 ocurrió en los predios del patio número 10 del Terminal Marítimo de Cartagena, un incendio (fls. 122, 136, 140, cdno. 1).

8. A raíz del mencionado incendio se destruyeron 137 pallets de D. M. T., que habían sido transportadas en el vapor Irene Magic (fl. 122, c. 1), y 711 pallets del mismo material que habían sido transportadas en el vapor "Ciudad de Pasto" (fl. 140, cdno. 1).

9. La mercancía destruida por el incendio se encontraba almacenada en el mencionado patio número 10 y había sido entregada en perfecto estado por las compañías transportadoras (fls. 124 verso, 141 verso, cdno. 1).

10. En virtud de la póliza mencionada en el numeral 1 de los hechos, y frente al advenimiento del siniestro narrado, las compañías de seguros participantes en la póliza indemnizaron, por las pérdidas de las mercancías transportadas desde Alemania, las siguientes sumas:

a) La Aseguradora COLSEGUROS S. A., $ 1.487.486.00 el 27 de mayo de 1980 (fls. 105, cdno. 1; 38, cdno. 2).

b) La Compañía de Seguros La Andina S. A., $ 3.576.053.17, el 29 de mayo de 1980 (fls. 106, cdno. 1; 40, cdno. 2). Anota la Sala que ésta suma cobija también la indemnización que a ésta compañía le correspondía indemnizar, por la pérdida de las mercancías transportadas desde E. U. A.

c) La Compañía Seguros Comerciales Bolívar S. A., $ 9.655.344.00, el 29 de mayo de 1980 (fls. 107, cdno. 1; 42, cdno. 2). Hace frente a este pago la Sala, la misma observación del literal precedente.

d) La Compañía Suramericana de Seguros S. A., $ 1.746.179.00, el 29 de mayo de 1980 (fl. 47, cdno. 2).

e) La Aseguradora Grancolombiana S. A., $ 840.753.12, el 23 de enero de 1981 (fls. 109, cdno. 1; 50, cdno. 2).

11. En virtud de la póliza mencionada en el numeral 1 del acápite de los hechos, y frente a la ocurrencia del siniestro, las compañías de seguros participantes en la póliza indemnizaron, por las pérdidas de las mercancías transportadas desde Estados Unidos, las siguientes sumas:

a) La Aseguradora COLSEGUROS S. A., $ 6.737.436.00 el 27 de mayo de 1980 (fl. 36, cdno. 2).

b) La Compañía Suramericana de Seguros S. A., $ 7.909.164.00, el 29 de mayo de 1980 (fl. 44, cdno. 2).

c) La Aseguradora Grancolombiana S. A., $ 3.808.116.00, el 23 de enero de 1981 (fls. 108, cdno. 1; 54, cdno. 2).

12. En total la suma pagada por las compañías aseguradoras a la sociedad Enka de Colombia S. A., a raíz del incendio narrado y en virtud de la póliza de seguro descrita, asciende a $ 35.760.531.29.

13. Los certificados de seguros expedidos en virtud de la póliza número 009437, datan de 5 de mayo de 1980, y tienen por número el 450746 (mercancía transportada desde Alemania), y el 450747 (mercancía transportada desde E. U. A.) (fls. 126, 127, 142, 143, cdno. 1).

14. En las liquidaciones de siniestros mencionadas en los numerales 10 y 11 precedentes, la sociedad Enka de Colombia S. A., realizó la cesión de sus derechos y acciones legales a las compañías aseguradoras, contra los terceros responsables de los daños.

Frente a la situación fáctica descrita, considera la Sala oportuno realizar las siguientes consideraciones:

I. La existencia del contrato de seguro y la legitimación activa en la causa

Aunque el apoderado de la empresa demandada solicita la denegatoria de las súplicas de la demanda, arguyendo que el contrato de

2. El cuadro de coaseguradores en la mencionada póliza, era el siguiente: Suramericana de Seguros S. A., el 27%; Aseguradora COLSEGUROS S. A., 23%; Seguros La Andina S. A., 10%; Aseguradora Grancolombiana, 13% y, Seguros Comerciales Bolívar, 27% (fls. 127, 142 cdno. 1; 44, 47, cdno. 2).

3. La mencionada póliza cobijaba los riesgos de falta de entrega, avería particular y saqueo, de materias primas, maquinaria (exceptuando el ensanche actual) y demás efectos de importación en que tenga interés el asegurado (fl. 57, cdno. 1, y 12 cdno. 2).

4. Dicha póliza comenzó a regir el 26 de diciembre de 1970, y no de 1980, como erróneamente lo afirmó el demandante en su demanda (fls. 57 y 58, cdno. 1; 12, cdno. 2). Por demás, el apoderado de la parte actora advirtió su error mecanográfico en varias oportunidades (fls. 157 y 189, cdno. 1).

5. La sociedad Enka de Colombia S. A., importó desde la ciudad de Hamburgo (Alemania Occidental), en el vapor Irene Magic, 25.002 sacos de polietileno, contentivos de la materia D. M. T., estibados en 926 pallets, y que arrojan un total de 1.080.000 kilos de material importado (fls. 110, 111, cdno. 1; 60, 61, cdno. 2).

6. Igualmente, la mencionada sociedad importó desde la ciudad de Wilmington (E. U. A.), 40.000 sacos de D. M. T., en el vapor "Ciudad de Pasto", con 1.000.000 de kilos estibados en 1.000 pallets (fls. 128, 130, cdno. 1; 103, 104, cdno. 2).

7. El 22 de abril de 1980 ocurrió en los predios del patio número 10 del Terminal Marítimo de Cartagena, un incendio (fls. 122, 136, 140, cdno. 1).

8. A raíz del mencionado incendio se destruyeron 137 pallets de D. M. T., que habían sido transportadas en el vapor Irene Magic (fl. 122, c. 1), y 711 pallets del mismo material que habían sido transportadas en el vapor "Ciudad de Pasto" (fl. 140, cdno. 1).

9. La mercancía destruida por el incendio se encontraba almacenada en el mencionado patio número 10 y había sido entregada en perfecto estado por las compañías transportadoras (fls. 124 verso, 141 verso, cdno. 1).

10. En virtud de la póliza mencionada en el numeral 1 de los hechos, y frente al advenimiento del siniestro narrado, las compañías de seguros participantes en la póliza indemnizaron, por las pérdidas de las mercancías transportadas desde Alemania, las siguientes sumas:

a) La Aseguradora COLSEGUROS S. A., $ 1.487.486.00 el 27 de mayo de 1980 (fls. 105, cdno. 1; 38, cdno. 2).

b) La Compañía de Seguros La Andina S. A., $ 3.576.053.17, el 29 de mayo de 1980 (fls. 106, cdno. 1; 40, cdno. 2). Anota la Sala que ésta suma cobija también la indemnización que a ésta compañía le correspondía indemnizar, por la pérdida de las mercancías transportadas desde E. U. A.

c) La Compañía Seguros Comerciales Bolívar S. A., $ 9.655.344.00, el 29 de mayo de 1980 (fls. 107, cdno. 1; 42, cdno. 2). Hace frente a este pago la Sala, la misma observación del literal precedente.

d) La Compañía Suramericana de Seguros S. A., $ 1.746.179.00, el 29 de mayo de 1980 (fl. 47, cdno. 2).

e) La Aseguradora Grancolombiana S. A., $ 840.753.12, el 23 de enero de 1981 (fls. 109, cdno. 1; 50, cdno. 2).

11. En virtud de la póliza mencionada en el numeral 1 del acápite de los hechos, y frente a la ocurrencia del siniestro, las compañías de seguros participantes en la póliza indemnizaron, por las pérdidas de las mercancías transportadas desde Estados Unidos, las siguientes sumas:

a) La Aseguradora COLSEGUROS S. A., $ 6.737.436.00 el 27 de mayo de 1980 (fl. 36, cdno. 2).

b) La Compañía Suramericana de Seguros S. A., $ 7.909.164.00, el 29 de mayo de 1980 (fl. 44, cdno. 2).

c) La Aseguradora Grancolombiana S. A., $ 3.808.116.00, el 23 de enero de 1981 (fls. 108, cdno. 1; 54, cdno. 2).

12. En total la suma pagada por las compañías aseguradoras a la sociedad Enka de Colombia S. A., a raíz del incendio narrado y en virtud de la póliza de seguro descrita, asciende a $ 35.760.531.29.

13. Los certificados de seguros expedidos en virtud de la póliza número 009437, datan de 5 de mayo de 1980, y tienen por número el 450746 (mercancía transportada desde Alemania), y el 450747 (mercancía transportada desde E. U. A.) (fls. 126, 127, 142, 143, cdno. 1).

14. En las liquidaciones de siniestros mencionadas en los numerales 10 y 11 precedentes, la sociedad Enka de Colombia S. A., realizó la cesión de sus derechos y acciones legales a las compañías aseguradoras, contra los terceros responsables de los daños.

Frente a la situación fáctica descrita, considera la Sala oportuno realizar las siguientes consideraciones:

I. La existencia del contrato de seguro y la legitimación activa en la causa

Aunque el apoderado de la empresa demandada solicita la denegatoria de las súplicas de la demanda, arguyendo que el contrato de

seguro no se perfeccionó en el presente evento (fls. 216 y 228, cdno. 1), por haber sido expedido el certificado de seguro con posterioridad al siniestro, la Sala no accederá a la declaración solicitada.

Se remite en este aspecto la Sala a la sentencia de junio 17 de 1988, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la cual se consideró que el contrato de seguro se perfecciona desde el momento de la vigencia de la póliza de transporte, independientemente de si el certificado de seguro expedido en virtud de la póliza es anterior, o posterior al siniestro. Por demás, la sentencia en mención fue traída al proceso por la parte actora (fls. 316 a 353, cdno. 1) para ilustrar la posición jurisprudencial de la Corporación al respecto y, por provenir de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, obliga en principio a esta Sala.

La pauta jurisprudencial trazada por la sentencia citada es aplicable al presente proceso, pues el contrato de seguro contenido en la póliza número 009437 comenzó a regir el 26 de diciembre de 1970, es decir, con anterioridad al siniestro, que acaeció el 22 de abril de 1980.

Por ello, considera la Sala que el pago realizado por las compañías aseguradoras en el presente proceso, para indemnizar a la sociedad Enka de Colombia S. A., es válido y, que, por tanto, la subrogación operó legalmente en favor de la Compañía Suramericana de Seguros y demás demandantes, quedando así legitimados en la causa para demandar en el presente proceso.

Por las razones anteriores, no asiste pues, a juicio de la Sala, razón al apoderado de la empresa demandada.

II. El enriquecimiento sin causa invocado por la empresa demandada

Como el apoderado de la parte demandada esgrime el argumento de que se presentó en el caso de autos, enriquecimiento sin causa de la compañías de seguros, en virtud de los contratos de reaseguro, se se ve obligada la Sala a detenerse en el estudio de la mencionada situación jurídica.

El problema planteado no es novedoso para la Corporación. En efecto, en sentencia de mayo 21 de 1987, expresó la Sala al respecto:

"Los representantes legales de las sociedades demandantes atendieron la citación que para absolver los interrogatorios de parte, les hizo el despacho a solicitud del apoderado de la parte demandada. En esta oportunidad confesaron la existencia de contratos de reaseguro, en virtud de los cuales recobraron parte de lo pagado a las firmas aseguradas.

"A juicio del mismo apoderado, las compañías subrogatarias al intentar cobrar el capital pagado a sus aseguradores, sin deducir de los reaseguros están configurando un enriquecimiento sin causa.

"El reaseguro es un instrumento contractual al servicio de los aseguradores, que les permite ceder la parte de riesgo que no pueden soportar y aunque exige siempre un contrato de seguro previo, que haga nacer el riesgo en el patrimonio del asegurador, es un contrato autónomo. Igual afirmación vale respecto del contrato de seguro original, el cual existe en forma independiente, como si el de reaseguro no se hubiese celebrado, de ahí que las relaciones entre asegurado y asegurador se rigen íntegramente por las estipulaciones contractuales. La anotada autonomía entre los dos contratos implica la ausencia de cualquier relación entre asegurado y reasegurador.

"No obstante lo anterior, existe la llamada por los tratadistas 'comunidad de álea' o 'comunidad de suerte', en virtud de la cual, el riesgo del seguro originario crea el riesgo reasegurado (posibilidad de que nazca una deuda en el patrimonio del asegurador representada por la obligación de indemnizar a su asegurado), principio que aparece consagrado en el artículo 1134 del Código de Comercio, que preceptúa: 'El reasegurador contrae para con el asegurador directo, en la proporción convenida, las mismas obligaciones que éste contrae para con el asegurado. Y comparte la suerte de él en el desarrollo del contrato principal'.

"A pesar de lo anterior, las obligaciones del reasegurador para con el reasegurado son distintas a las que éste tiene con el asegurado porque tienen como fuente actos jurídicos diferentes. De ahí que el artículo 1135 del Código citado, exprese: 'El reaseguro no es un contrato a favor de terceros. *El asegurado carece, en tal virtud, de acción directa contra el reasegurador y éste de obligaciones para con aquel* (subraya la Sala).

"En virtud del artículo 1096 del Código de Comercio, el asegurador está autorizado, *ipso jure,* para demandar del responsable del siniestro el monto de la indemnización pagada, hasta concurrencia de su importe. No es necesario deducir el valor de lo recobrado por reaseguro, como sostiene la parte demandada en su alegato de bien probado, porque el reasegurador que paga a su reasegurado no es titular del derecho de subrogación, consagrado en la ley para el asegurado que sufre un daño. El asegurador (reasegurado) que paga, lo hace en cumplimiento de una obligación contractual y no tiene el carácter de damnificado que exige la ley. Lo que ocurre es que, en virtud del principio consagrado en el artículo 1134 del Código de Comercio o en la condena que la ley hace del enriquecimiento sin causa (art. 831), o en el carácter meramente indemnizatorio de los siguientes daños (art. 1088), el asegurador reasegurado tiene la obligación de dar una participación proporcional en todo recobro a su reasegurador, con lo que se descarta el enriquecimiento sin causa que inquieta al apo-

derado de la entidad demandada" (*"Anales del Consejo de Estado"*, Tomo CXII, núms. 493-494, pág. 943 y ss.).

La Sala reitera, en esta oportunidad, la anterior jurisprudencia, habida consideración de que los supuestos de hecho que la motivan son similares a aquellos que se debaten en el presente proceso. En efecto, a folios 290-296 obran testimonios rendidos por los presidentes de las compañías demandantes, o sus representantes, de los cuales se puede observar que, es costumbre comercial celebrar contrato de reaseguro para determinados tipos de riesgos asegurados, llegándose a afirmar que sí se recibieron sumas de dinero por concepto del reaseguro. Sin embargo, tal como reza en las declaraciones, "de ninguna manera la compañía que represento podría apropiarse de los $ 9.655.344 en el caso de que fuera condenada Puertos de Colombia ya que tendría que redistribuirlos proporcionalmente entre las compañías reaseguradoras que hicieron pagos por cuenta del siniestro a que nos venimos refiriendo" (fl. 295, cdno. 1).

La afirmación anterior corresponde a la lógica de la teoría de seguros, ya que, de una parte, la relación contractual entre reasegurador asegurador (reasegurado) es ajena a aquella que se presenta entre éste y el asegurado, y, de la otra, las normas jurídicas citadas que regulan ambas relaciones, impiden a la Sala considerar que pudiere existir en el caso en estudio, un enriquecimiento sin causa de las empresas demandantes.

Así las cosas, estima la Sala improcedente la declaratoria de enriquecimiento sin causa solicitada por el abogado de la parte demandada.

III. La responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia

La jurisprudencia de la Corporación, basada en el artículo 55 de la Ley 79 de 1931 y 2º del Decreto-ley 630 de 1942, ha considerado que la responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia, frente a la pérdida de mercancías a ella confiada durante su proceso de nacionalización, es de naturaleza objetiva (ver por ejemplo, 21 de mayo de 1987, Sección Tercera, Exp. núm. 3998; junio 14 de 1988, Sección Tercera Exp. núm. 4157).

Significa lo anterior, que el juzgador no debe analizar los perjuicios causados durante el término señalado por las normas citadas para cumplir dicho proceso de nacionalización, bajo la óptica de la falla del servicio, probada o presunta, sino que debe limitarse a constatar que una determinada mercancía ingresó a las bodegas oficiales a cargo de COLPUERTOS, y que la misma no fue entregada a su destinatario.

Sin embargo, también de conformidad con las normas jurídicas que regulan la actividad de almacenaje a cargo de la empresa demandada, se ha considerado que bien pueden existir eximentes de su responsabilidad, frente a los eventos en los que, ya sea por fuerza mayor, ya sea por evaporación, deterioro natural o empaque defectuoso de las mercancías, fue imposible a la mencionada empresa realizar la entrega de éstas a su destinatario.

Ahora bien, habida consideración de que la parte demandada considera que "el incendio de 22 de abril de 1980 (veintidós de abril de 1980) se produjo a consecuencia de un caso de fuerza mayor..." (fl. 216 y 229, cdno. 1), y que por ello la pérdida de la mercancía de que se ha hablado en ésta providencia no le es imputable, estima la Sala oportuno realizar algunas anotaciones respecto de la exculpación invocada.

Sabido es que, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, la fuerza mayor se caracteriza por ser imprevisible e irresistible. Presentándose las características anotadas, puede el juzgador establecer a ciencia cierta que la causa de un determinado perjuicio, no es imputable al demandado, sino a un hecho ajeno a él, pues en el fondo lo que se acredita es que no hay relación de causalidad entre la actividad pública y el perjuicio.

Y puede la Sala, en el caso concreto, llegar a esta conclusión? Evidentemente que no. En efecto, un incendio en bodegas oficiales en las cuales se almacenan materiales de alta combustión, lejos de ser imprevisibles, puede considerarse posible, dada precisamente la naturaleza de la actividad desarrollada por la empresa demandada y la de las mercancías almacenadas. Y en este evento, teniéndose en cuenta el régimen objetivo que para este tipo de perjuicios opera por mandato de la ley, la ausencia de culpa no es procedente para exonerar a la entidad demandada, máxime si ella pretende establecerse a partir de argumentaciones que tienden a advertir que la empresa disponía de un buen servicio de bomberos que luchara contra el incendio que se presentó.

Si realiza la Sala la anotación anterior, lo es para establecer que la causa del incendio, es decir, el por qué se presentó la conflagración, es desconocida en el presente caso. Por ello, una ausencia de culpa que se pretenda establecer con base en pruebas que aporten credibilidad al buen funcionamiento del servicio de bomberos en el terminal marítimo, es irrelevante, ya que ella podría acreditar, en caso extremo, que la conflagración fue dominada en buenos términos, pero nunca, que la conflagración se presentó por un hecho imprevisible e irresistible no imputable al demandado.

En sentencia de febrero 8 de 1984, dijo la Sala al respecto:

> "Deja ver lo precedente que la compañía importadora perdió la casi totalidad de la mercancía en el incendio de 6 de

abril. El hecho por sí solo no constituye fuerza mayor y menos con la defensa esgrimida por EMPOCOL de la que no se desprenden los elementos de la causa exonerativa, ya que se redujo a afirmar 'que el terminal marítimo y fluvial de Barranquilla agotó los medios de que dispone para la sofocación del incendio con el equipo de que dispone tales como cuerpo de bomberos, cuadrillas contra el incendio, elevadores y personal voluntario".

"Esta afirmación está huérfana de otros medios de convicción, en especial los tendientes a demostrar que el hecho fue imprevisto e irresistible" (Expediente núm. 3841).

Así las cosas estima la Sala que la ausencia de culpa invocada por la parte demandada no exonera de responsabilidad a ésta, no sólo porque ella es improcedente en un régimen de responsabilidad objetiva, sino porque la causa del incendio que produjo el perjuicio, no se logró determinar en el presente caso.

Por ello, la responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS— debe ser declarada, por la no entrega a su destinatario de las mercancías sobre las que versa el presente proceso, que es imputable a la actividad desarrollada por la mencionada empresa.

IV. *El perjuicio:*

Para la Sala, según se ha anotado, se encuentra plenamente establecido que a raíz del incendio ocurrido el 22 de abril de 1980 en el patio número 10 del Terminal Marítimo de Cartagena, se destruyeron en total 834 "pallets" que contenían D. M. T., importados por la firma Enka de Colombia S. A., la cual los había asegurado con las hoy demandantes, contra los riesgos de falta de entrega, avería particular y saqueo.

Procede, en consecuencia, que la Sala concrete el monto de los perjuicios experimentados por las aseguradoras demandantes, habida cuenta de lo dispuesto por el artículo 1096 del C. de Co., y tomando en consideración, además, que los pagos efectuados por las varias compañías aseguradoras a Enka de Colombia S. A., fueron hechos en fechas y por cuantías diferentes, circunstancia que impone examinar separadamente el perjuicio sufrido por cada una de ellas. A ello se procede seguidamente, así:

a) *La Compañía de Seguros La Andina S. A.*

Está ameritado que esta compañía pagó a la aseguradora, en virtud del siniestro citado, la suma de tres millones quinientos setenta y seis mil cincuenta y tres pesos con diez y siete centavos ($ 3.576.053.17),

el 29 de mayo de 1980. Dicha suma, para efectos de la indemnización total que ordena la ley, debe ser cancelada en su expresión de daño emergente y lucro cesante, así:

1. *Daño emergente.*

Por daño emergente se condenará a la Empresa Puertos de Colombia a pagar a la Compañía de Seguros La Andina S. A., la suma de $ 3.576.053.17, teniendo en cuenta la evolución del *índice de precios al por mayor* en el país, desde abril de 1980 (mes anterior completo al pago realizado por la demandante), hasta el mes anterior completo a aquel en el que se ejecutorie la presente providencia, según constancia que para tal efecto expedirá la Secretaría de la Sección Tercera de la Corporación.

Para la ejecución de la sentencia, el D.A.N.E., certificará el índice de precios al por mayor de abril de 1980, y aquel del mes anterior completo a la ejecutoria de la presente providencia, para así procederse a la aplicación de la tradicional fórmula:

$$\text{Valor actual} = \frac{\text{índice final de precios}}{\text{índice inicial de precios}} \times \text{capital a actualizar } (\$\ 3.576.053.17)$$

La suma resultante, de conformidad con las precisas pautas anotadas, se agregará a la solicitud de cumplimiento del fallo, acompañada de la certificación que expida el D.A.N.E., y de aquella expedida por la Secretaría de la Sección Tercera.

2. *Lucro cesante.*

El lucro cesante consiste en el interés puro lucrativo que hubiere producido el daño emergente representado por el capital histórico. Para obtenerlo, se procederá de conformidad con la siguiente fórmula:

Lucro cesante = capital histórico × 6% anual × tiempo, donde capital histórico = suma constitutiva del daño emergente no actualizado ($ 3.576.053.17).

6% anual ó 0.5 mensual — interés puro lucrativo o legal y,

tiempo = cifra en meses de aquellos transcurridos entre abril de 1980, y el último completo anterior a la ejecutoria de la presente providencia. Ambos meses, el inicial y el final, habrán de comprenderse para efectos de deducir la cifra.

La liquidación del presente lucro cesante se hará igualmente por la administración al dar cumplimiento a la presente providencia, teniendo en cuenta las precisas cifras anotadas en este rubro de perjuicio.

b) *La Compañía de Seguros Comerciales Bolívar S. A.*

Está ameritado que esta compañía pagó a la asegurada, en virtud del siniestro citado, la suma de nueve millones seiscientos cincuenta y cinco mil trescientos cuarenta y cuatro pesos ($ 9.655.344.00), el 29 de mayo de 1980. Dicha suma, para efectos de la indemnización total que ordena la ley, debe ser cancelada en su expresión de daño emergente y lucro cesante, así:

1. *Daño emergente.*

Por daño emergente se condenará a la Empresa Puertos de Colombia a pagar a la Compañía Seguros Comerciales Bolívar S. A., la suma de $ 9.655.344.00, teniendo en cuenta la evolución del *índice de precios al por mayor* en el país, desde abril de 1980 (mes anterior completo al pago realizado por la demandante hasta el mes anterior constancia que para tal efecto expedirá la Secretaría de la Sección Tercera de la Corporación.

Para la ejecución de la sentencia, el D.A.N.E., certificará el índice de precios al por mayor de abril de 1980, y aquel del mes anterior completo a la ejecutoria de la presente providencia. Con base en dicho índice se aplicará la fórmula enunciada en el literal anterior, teniendo en cuenta que el capital a actualizar es $ 9.655.344.00.

La suma resultante, de conformidad con las pautas anotadas, se agregará a la solicitud de cumplimiento del fallo, acompañada de la certificación que expida el D.A.N.E., y de aquella expedida por la Secretaría de la Sección.

2. *Lucro cesante.*

El lucro cesante consiste en el interés puro lucrativo que hubiere producido el daño emergente representado por el capital histórico. Para obtenerlo se procederá de conformidad a la fórmula enunciada en el literal procedente, teniéndose en cuenta que el único elemento que ha de variar es aquel que representa el capital histórico ($ 9.655.344.00).

La liquidación del presente lucro cesante se hará igualmente por la administración al dar cumplimiento a la presente providencia, teniendo en cuenta las precisas cifras anotadas en este rubro del perjuicio.

c) *La Compañía Suramericana de Seguros S. A.*

Está ameritado que esta compañía pagó a la asegurada, en virtud del siniestro citado, la suma de nueve millones seiscientos

cincuenta y cinco mil trescientos cuarenta y tres pesos ($ 9.655.343.00), el 29 de mayo de 1980. Dicha suma, para efectos de la indemnización total a que ordena la ley, debe ser cancelada en su expresión de daño emergente y lucro cesante, así:

1. *Daño emergente.*

Por daño emergente se condenará a la Empresa Puertos de Colombia, a pagar a la Compañía Suramericana de Seguros S. A., la suma de nueve millones seiscientos cincuenta y cinco mil trescientos cuarenta y tres pesos ($ 9.655.343.00), teniendo en cuenta la evolución del *índice de precios al por mayor* en el país, desde abril de 1980 (mes anterior completo al pago realizado por la demandante), hasta el mes anterior completo a aquel en el que se ejecutorie la presente providencia, según constancia que para tal efecto expedirá la Secretaría de la Sección Tercera de la Corporación.

Para la ejecutoria de la sentencia, el D.A.N.E., certificará el índice de precios al por mayor de abril de 1980, y aquel del mes anterior completo a la ejecutoria de la presente providencia. Con base en dichos índices se aplicará la fórmula enunciada en el literal a) de perjuicios, teniéndose en cuenta que el capital a actualizar es de $ 9.655.343.00.

La suma resultante, de conformidad con las pautas anotadas, se agregará a la solicitud de cumplimiento del fallo, acompañada de la certificación que expida el D.A.N.E., y de aquella expedida por la Secretaría de la Sección.

2. *Lucro cesante.*

Para obtener el lucro cesante se procederá de conformidad a la fórmula enunciada en el rubro de lucro cesante del literal a) de perjuicios, de la presente providencia, teniéndose en cuenta que el único elemento que varía es aquel que comprende el capital actualizado.

La liquidación del presente lucro cesante se hará igualmente por la administración al dar cumplimiento a la presente providencia, teniéndose en cuenta las precisiones que al respecto se han anotado.

d) *Aseguradora Grancolombiana S. A.*

Está ameritado que esta aseguradora pagó a la asegurada, en virtud del siniestro citado, la suma de cuatro millones seiscientos cuarenta y ocho mil ochocientos sesenta y nueve pesos con doce centavos ($ 4.648.869.12), el 23 de enero de 1981. Dicha suma, para efectos de la indemnización total a que ordena la ley, debe ser cancelada en su expresión de daño emergente y lucro cesante, así:

1. *Daño emergente.*

Por daño emergente se condenará pagar a la Empresa Puertos de Colombia, a la Aseguradora Grancolombiana S. A., la suma de cuatro millones seiscientos cuarenta y ocho mil ochocientos sesenta y nueve pesos con doce centavos ($ 4.648.869.12), teniendo en cuenta la evolución del *índice de precios al por mayor* en el país, desde diciembre de 1980 (mes anterior completo al pago realizado por la demandante), hasta el mes anterior completo a aquel en el que se ejecutorie la presente providencia, según constancia que para tal efecto expedirá la Secretaría de la Sección Tercera de la Corporación.

Para la ejecución de la sentencia, el D.A.N.E., certificará el índice de precios al por mayor de diciembre de 1980, y aquel del mes anterior completo a la ejecutoria de la presente sentencia. Con base en dichos índices se aplicará la fórmula enunciada en el literal a) de perjuicios, anteriormente anotada, teniéndose en cuenta que el capital a actualizar es de $ 4.648.869.12.

La suma resultante, de conformidad con las pautas anotadas se agregará a la solicitud de cumplimiento del fallo, acompañada de la certificación que expida el D.A.N.E., y de aquella expedida por la Secretaría de la Sección.

2. *Lucro cesante.*

Para obtener el lucro cesante se procederá de conformidad a la fórmula enunciada en el rubro de lucro cesante del literal a) de perjuicios, de la presente providencia, teniéndose en cuenta que el único elemento que varía es aquel que comprende el capital histórico ($ 4.648.869.12).

La liquidación del presente lucro cesante se hará igualmente por la administración al dar cumplimiento a la presente providencia, teniéndose en cuenta las precisas pautas señaladas.

e) *Aseguradora COLSEGUROS S. A.*

Está ameritado que esta aseguradora pagó a la asegurada en virtud del siniestro citado, la suma de ocho millones doscientos veinticuatro mil novecientos veintidós pesos ($ 8.224.922.00), el 27 de mayo de 1980. Dicha suma, para efectos de la indemnización total a que ordena la ley, debe ser cancelada en su expresión de daño emergente y lucro cesante, así:

1. *Daño emergente.*

Por daño emergente se condenará a la Empresa Puertos de Colombia, a pagar a la Aseguradora COLSEGUROS S. A., la suma de

$ 8.224.922.00, teniendo en cuenta la evolución del *índice de precios al por mayor* en el país, desde abril de 1980 (mes anterior completo al pago realizado por la demandante), hasta el mes anterior completo a aquel en el que se ejecute la presente providencia, según la certificación secretarial de la que se ha hecho mención.

Para la ejecución de la sentencia, el D.A.N.E., certificará el índice de precios al por mayor de abril de 1980, y aquel del mes anterior completo a la ejecutoria de la presente sentencia. Con base en dichos índices se aplicará la fórmula enunciada en el literal a) de perjuicios de la presente providencia, teniéndose en cuenta que el capital a actualizar es de $ 8.224.922.00.

La suma resultante, de conformidad con las pautas descritas, se agregará a la solicitud de cumplimiento del fallo, acompañada de la certificación que expida el D.A.N.E., y de aquella de la Secretaría de la Sección Tercera de la Corporación.

2. *Lucro cesante.*

Para obtener el lucro cesante se procederá de conformidad a la fórmula enunciada en el rubro de lucro cesante del literal a) de perjuicios, del presente fallo, teniéndose en cuenta que el único elemento que varía es aquel que comprende el capital histórico ($ 8.224.922.00).

La liquidación del presente lucro cesante se hará igualmente por la administración al dar cumplimiento a la presente providencia, observándose las pautas señaladas.

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. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la Empresa Puertos de Colombia.

Segundo. Declárase que la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS— es responsable de los perjuicios causados por la falta de entrega, a la Sociedad Enka de Colombia S. A., de 834 paletas que contenían D. M. T.

Tercero. Condénase a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS— a pagar, por concepto de daño emergente, a la Compañía de Seguros La Andina S. A., subrogataria legal de Enka de Colombia S. A., o a quien acredite estar facultado por aquella para recibir el pago de esta condena, la cantidad de tres millones quinientos setenta

y seis mil cincuenta y tres pesos con diez y siete centavos ($ 3.576.053.17), actualizados de conformidad a la parte motiva de la presente providencia.

Cuarto. Condénase a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, a pagar a la Compañía de Seguros La Andina S. A., o a quien acredite estar facultado por ésta para recibir el pago de la presente condena, por concepto de lucro cesante, la suma concreta que resulte de la liquidación realizada de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

Quinto. Condénase a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, a pagar a la Compañía Seguros Comerciales Bolívar S. A., subragataria legal de Enka de Colombia S. A., o a quien acredite estar facultado por aquella para recibir el pago de esta condena, por concepto de daño emergente, la cantidad de nueve millones seiscientos cincuenta y cinco mil tres cientos cuarenta y cuatro pesos ($ 9.655.344.00), actualizados de conformidad a la parte motiva de la presente providencia.

Sexto. Condénase a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, a pagar a la Compañía Seguros Comerciales Bolívar S. A., o a quien acredite estar facultado por ésta para recibir el pago de la presente condena, por concepto de lucro cesante, la suma concreta que resulte de la liquidación realizada de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

Séptimo. Condénase a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, a pagar a la Compañía Suramericana de Seguros S. A., subragataria legal de Enka de Colombia S. A., o a quien acredite estar facultado por aquella para recibir el pago de esta condena, por concepto de daño emergente, la cantidad de nueve millones seiscientos cincuenta y cinco mil tres cientos cuarentas y tres pesos ($ 9.655.343.00), actualizados de conformidad a la parte motiva de la presente providencia.

Octavo. Condénase a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, a pagar a la Compañía Suramericana de Seguros S. A., o a quien acredite estar facultado por ésta para recibir el pago de la presente condena, por concepto de lucro cesante, la suma concreta que resulte de la liquidación realizada de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

Noveno. Condénase a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, a pagar por concepto de daño emergente, a la Aseguradora Grancolombiana S. A., subrogataria legal de Enka de Colombia S. A., o a quien acredite estar facultado por aquella para recibir el pago de esta condena, la cantidad de cuatro millones seiscientos cuarenta y ocho mil ochocientos sesenta y nueve pesos con doce

centavos —($ 4.648.869.12), actualizados de conformidad a la parte motiva de la presente providencia.

Décimo. Condénase a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, a pagar a la Aseguradora Grancolombiana S. A., o a quien acredite estar facultado por ésta para recibir el pago de la presente condena, por concepto de lucro cesante, la suma concreta que resulte de la liquidación realizada de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

Décimo primero. Condénase a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS— a pagar por concepto de daño emergente, a la Aseguradora COLSEGUROS S. A., subragataria legal de Enka de Colombia S. A., o a quien acredite estar facultado por aquella para recibir el pago de esta condena, la cantidad de ocho millones doscientos veinticuatro mil novecientos veintidós pesos ($ 8.224.922.00), actualizados de conformidad a la parte motiva de la presente providencia.

Décimo segundo. Condénase a la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, a pagar a la Aseguradora COLSEGUROS S. A., o a quien acredite estar facultado por ésta para recibir el pago de la presente condena, por concepto de lucro cesante, la suma concreta que resulte de la liquidación realizada de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

Décimo tercero. Cúmplase esta condena en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A., con expresa advertencia de que en ningún caso se pagarán intereses de intereses.

Décimo cuarto. Deniénganse las restantes súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 4 de agosto de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DE INMUEBLES/ CARGA DE LA PRUEBA

A la parte actora correspondía acreditar plenamente la condición de propietario de los inmuebles que dice fueron ocupados permanentemente, en cuya calidad sustenta sus pretensiones, probando no sólo que los había adquirido aportando copias de las escrituras públicas respectivas por tratarse de inmuebles y que se realizó la tradición, sino que al momento de ejecutar los derechos de que se dice titular en aquella calidad, todavía la ostentaba.

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

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5330. Actor: Oseas Hincapié López.

Se procede a resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 16 de diciembre de 1987, por la cual se denegaron las súplicas de la demanda en el proceso iniciado por Oseas Hincapié López contra las Empresas Públicas de Medellín.

Antecedentes:

En demanda presentada en la ciudad de Medellín y que por reparto correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de esa ciudad, el señor Oseas Hincapié López promovió proceso ordinario civil contra las Empresas Públicas de Medellín con el fin de que, previo el trámite procesal correspondiente, se hiciera el siguiente pronunciamiento:

"Que se declare que el suscrito es titular del dominio de los inmuebles preindicados y que no fueron expropiados judicialmente, por decisión de esa naturaleza y, en consecuencia,

"Que las Empresa Públicas de Medellín, entidad descentralizada, está obligada a indemnizarme de todos los perjuicios que me ha ocasionado y ocasiona con la ocupación permanente, con aguas de la represa que construyó, de dichos bienes, los que estimo en cuantía superior a diez millones de pesos (dichos perjuicios)" (fl. 83 cdno. 2).

Los hechos sustento de la pretensión procesal se pueden sintetizar así:

1º Las Empresas Públicas de Medellín promovieron, ante el Juzgado Civil del Circuito de Marinilla, proceso especial encaminado a obtener la expropiación de un bien inmueble de propiedad del demandante Oseas Hincapié López, ubicado en el municipio de El Peñol en la calle San Mateo o Pagola y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el frente, en cinco varas (4 metros), con la calle Pagola o San Mateo; por el costado oriental, con el adjudicatario señora Oseas Hincapié López; por el centro o lado norte, sigue con el mismo adjudicatario hasta una columna que está en el primer piso de la propiedad del colindante Cenón Estrada; del extremo o esquina occidental, de la columna, sigue línea recta hasta salir a la calle, primer lindero".

2º El inmueble era necesario para ser inundado por la segunda etapa de la Central Hidroeléctrica del río Nare (Guatapé II).

3º Al descorrer el traslado respectivo el demandado alegó que el predio cuya expropiación se pedía era apenas una pequeña parte de la totalidad de su propiedad y que la demanda sólo se refería a una casa, cuando existían dos casas de habitación en la parte alta, y dos locales, dos zaguanes y una cantina en la parte baja, todo lo cual se encontraba dentro de la propiedad que constituía un sólo globo de terreno.

4º Según el demandante, dentro del proceso de expropiación y la sentencia respectiva, no fueron incluidos tres inmuebles, a saber:

a) Una casa situada en la calle Hoyos del municipio de El Peñol, comprendida dentro de los siguientes linderos: De la tapia del portón de entrada a la casa de Carmen R. Rivera; sigue por la línea recta a salir al patio de la casa que se vende; sigue hacia el sur en línea recta a encontrar lindero con Nepomuceno Giraldo; sigue por tapia hasta salir a la calle Pagola, voltea a la derecha y sigue lindando con éste, hasta encontrar lindero con Manuel Cano; de aquí voltea a la derecha y sigue hasta donde hace una esquina la tapia, hasta encontrar lindero con Jesús Ospina, en la parte alta de la casa, y siguiendo con Antonio González, hasta salir a la calle de Hoyos, entrada a los dos patios de la casa, a la tapia primer lindero". El señor Oseas Hincapié López adquirió este bien por escritura pública número quinientos cincuenta y dos (552) del veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), de la Notaría de El Peñol, inscrita

en la oficina de Registro de Marinilla el treinta (30) del mismo mes, en el libro 1º, tomo 18, folio 56 vto. y 67, número 2.311, por compra del señor Pedro Giraldo.

b) Un solar que mide tres (3) varas de ancho, comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el norte y occidente, con el comprador, a encontrar lindero con Cenón Estrada y con éste a encontrar lindero con el vendedor. Este bien raíz lo adquirió el señor Oseas Hincapié López conforme a la escritura pública número trescientos cuarenta y nueve (349) del veintiocho (28) de junio de mil novecientos cincuenta y dos (1952), extendida en la Notaría de El Peñol, inscrita en la Oficina de Registro de Marinilla el catorce (14) de agosto de tal año (1952), en el libro 1º, tomo 41, folio 1, número 1056.

c) Una casa de habitación con el solar correspondiente, ubicada en la calle San Mateo del municipio de El Peñol, distinguida con el número 234 y comprendida dentro de los siguientes linderos: Por el frente, con la calle dicha; por el costado derecho, con propiedad de Juan Bautista Giraldo; por el centro, con el mismo Juan Bautista Giraldo; y por el otro costado con Fernando Duque, a salir a la calle, primer lindero. El inmueble fue adquirido por Oseas Hincapié López conforme a la escritura pública número ciento treinta y siete (137) de doce (12) de marzo de mil novecientos cuarenta y seis (1946), extendida en la Notaría de El Peñol, inscrita en la Oficina de Registro de Marinilla en el libro primero (1º), sin número de tomo y folio, por compra al señor Manuel Antonio Cano B.

5º Los anteriores bienes, a pesar de no haber sido objeto de la sentencia de expropiación, fueron entregados por el Juzgado Civil del Circuito de Marinilla a las Empresas Públicas de Medellín, las cuales procedieron a ocuparlos, destruyéndolos al inundarlos, no obstante los esfuerzos realizados para conseguir su restitución, produciéndose una expropiación de hecho.

6º Afirma la demanda que la suma de $ 6.250.800.00 que le fue pagada por las Empresas Públicas de Medellín, solamente corresponde al 35.91% de total de las indemnizaciones que le correspondían por sus propiedades, por lo cual se le quedó adeudando el 64.09% de los valores a que era acreedor.

7º Conforme a lo anteriormente narrado las Empresas Públicas de Medellín están obligadas a indemnizar al demandante pagándole todos los perjuicios que se produjeron como consecuencia de la privación de la posesión y el dominio de los bienes permanentemente ocupados.

El proceso se tramitó ante la jurisdicción ordinaria hasta el 31 de mayo de 1984 fecha en la cual asumió su conocimiento el Tribunal Administrativo de Antioquia, donde fue remitido a solicitud de la parte demandada, como consecuencia de haber entrado en vigencia

el Decreto 01 de 1984 que otorgó competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los negocios relacionados con ocupación permanente de inmuebles derivada de la ejecución de trabajos públicos, tal como está planteado en el caso en estudio (fls. 131 y ss., cdno. 2).

Las Empresas Públicas de Medellín contestaron la demanda ateniéndose a lo que se demostrara dentro del proceso y aceptando que, si se causaron perjuicios, estarían dispuestas a indemnizarlos. Propusieron, así mismo, como excepción previa, la caducidad de la acción, fenómeno sobre cuya existencia insisten dentro de su alegato de conclusión (fls. 111 y ss., cdno. 1).

La excepción previa fue decidida por el juez que conocía del proceso, negándola por medio de providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (cdnos. 3 y 4).

La sentencia apelada:

El Tribunal *a quo* estudió, en primer lugar lo relativo a la caducidad de la acción descartando su existencia en este caso, con fundamento en una providencia de 11 de agosto de 1986 en la cual esta Corporación estudió lo relativo al régimen de la ocupación de bienes inmuebles como consecuencia de trabajos públicos, teniendo en cuenta los cambios de legislación que al respecto se han producido. Luego, para negar las pretensiones de la demanda, razona así, en lo pertinente:

"Surge para la Sala una gran inquietud: Saber cuáles en realidad son los bienes inmuebles por los que el demandante, dice haber sufrido una serie de perjuicios al ver afectados sus intereses y derechos patrimoniales por el hecho de haber sido privado de la propiedad de los predios que culminaron con la ocupación total y permanente por parte de Empresas Públicas. ¿Cuál es el área total de dichos bienes? Fueron comprendidos o no dentro del proceso expropiatorio? Se encuentra todo lo anterior probado en el proceso? Es indudable entonces que debemos recurrir para el esclarecimiento de estos interrogantes al acervo probatorio que obra en el expediente.

"... ... ..."

"Ante el juzgado que inicialmente asumió el conocimiento del asunto se recibieron algunas versiones de testigos conocedores al parecer ampliamente no sólo del demandante, sino también de los bienes que éste poseía. Sin embargo y a pesar de las pretensiones formuladas en la demanda, sus dichos versan sobre los enseres que tenía el señor Hincapié López en el inmueble que fue inundado en su totalidad" (fls. 140 y 141, cdno. 1).

"... ... ..."

"Los anteriores testigos, para la Sala no son lo suficientemente claros y concisos, ya que no suministran con sus dichos información de-

tallada e inequívcoa que puedan ayudar al despacho a establecer con certeza cuáles fueron en realidad de verdad los bienes muebles y enseres que el demandante poseía y que dice haber perdido con motivo de la inundación permanente que ineludiblemente tuvo que soportar su predio. Esta circunstancia hace pensar que si en verdad éstos no fueron retirados oportunamente por el actor ante la inminente inundación que se avecinaba y que lentamente iba afectando sus bienes raíces, es porque tal vez se debió a un capricho arraigado en proceder voluntariamente a la entrega y lógicamente a última hora, hizo un abandono de los mismos. No existen, pues, en el plenario bases suficientes para determinar con claridad los daños y perjuicios sufridos por el actor en este proceso.

"2.2. En lo que hace relación a su invocada calidad de dueño y señor de los distintos bienes inmuebles que fueron objeto de la expropiación de hecho, según el decir del demandante, es pertinente anotar: A folios 69 y 70, obra en el expediente una copia de la escritura pública número 552 de noviembre 25 de 1943, y a folio 75, aparece un certificado del registrador de Instrumentos Públicos de Marinilla, expedido el 30 de octubre 1977, el cual da cuenta sobre la situación jurídica del predio durante los últimos veinte (20) años.

"El demandante con estos documentos puede acreditar, *que fue el titular del derecho de dominio sobre este bien para la fecha últimamente mencionada, pero no se puede afirmar de manera enfática y categórica que ello sea cierto para la fecha de presentación de la demanda, por una circunstancia muy elemental y es que el certificado del registrador data de mucho tiempo atrás, incluso antes de la fecha en que se promovió la demanda de expropiación.* Por este solo hecho la pretensión invocada se negará, no sin antes advertir que existen otras circunstancias que impedirán el que se abran paso las aspiraciones del demandante (subraya la Sala).

"De los documentos acompañados al proceso con la finalidad de demostrar la titularidad de los otros predios de los cuales dice ser propietario el señor Oseas Hincapié López, puede afirmarse que éste no es titular legítimo de los mismos. Obsérvese cómo de la escritura pública número 349 de junio 28 de 1952, se desprende que el señor Fernando Duque le vendió al actor lo que no tiene, un predio del cual no era su propietario, al parecer sólo era un mero poseedor y en tal calidad únicamente le transfirió el derecho a continuar usando y disfrutando de un bien que supuestamente venía poseyendo. En tales condiciones y de acuerdo con el principio general de derecho que 'nadie da más derechos que los que tiene', el actor en virtud de esta negociación tomó el inmueble con todas sus calidades y vicios y continuó siendo un mero poseedor; calidad que a la postre seguramente lo pondría en vía de adquirir la propiedad por el modo de la prescripción adquisitiva del dominio, y que de todas formas lo excluye para pretender una indemnización frente a este predio, invocando la calidad de propietario, la cual de esta manera resulta improbada.

"Similar afirmación cabe predicarse en torno al bien que se indica en el literal 6 del hecho 15, de la demanda, ya que no obstante existir en el expediente a folio 73 copia de la escritura pública número 137 de marzo 12 de 1946, lo cierto es que tal negociación no se perfeccionó, pues, ésta no fue inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; y cuando la ley exige esta solemnidad para el perfeccionamiento y posterior demostración de un negocio o acto jurídico cualquiera, no puede suplirse con otro medio probatorio y menos aún con prueba testimonial como se pretende en el caso *sub judice*. Se concluye entonces, que el demandante sólo ostentaba la calidad de poseedor, y no la invocada titularidad del derecho real de dominio sobre dicho bien. Con igual razón a la aducida anteriormente el demandante se encontraba en la posibilidad de adquirir dicho inmueble por la prescripción adquisitiva del dominio. Acorde con lo anterior, debió formularse la pretensión con fundamento en la calidad de poseedor que venía ejerciendo, para obtener así el consecuente reconocimiento de los perjuicios impetrados.

"3. Demostrado queda entonces que el único bien de propiedad del actor es el que adquirió por medio de la escritura pública número 552 de noviembre 25 de 1943, registrada en la Oficina de Registro de Marinilla, el día 30 de noviembre siguiente; inmueble sobre el cual la colaboradora fiscal de la Corporación solicita se disponga la indemnización correspondiente.

"Sobre este particular el despacho considera que no hay lugar a disponer tal indemnización, primero, porque como ya se dijo y que constituye la principal razón, el certificado del registrador acompañado para demostrar la titularidad, fue expedido con mucha anterioridad a la fecha en que se promovió la demanda de expropiación, circunstancia que le resta eficacia probatoria y segundo, porque es claro y de ello no queda duda alguna, que todos estos predios fueron unificados en conjunto conformando así un solo globo de terreno y sobre éste se basaron específicamente los peritos para rendir su dictamen y deducir conforme a las afirmaciones hechas en la demanda y en otros experticios elaborados y anulados que obran dentro del proceso de expropiación, que se debe indemnizar al demandante en un equivalente al 64.09% fijando su monto total; pero en ningún momento se dieron a la tarea de fundamentar su experticio sobre bases ciertas, o en apreciaciones o investigaciones realizadas por ellos mismos, conforme a lo consagrado por el numeral 6º del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil.

"Es claro también, que en ninguno de los dictámenes elaborados por los auxiliares de la justicia aparece determinada el área de cada uno de los predios en forma independiente, porque como lo indican en la aclaración, no les fue posible establecer ni siquiera el área total de todos los predios que se discuten, debiendo por tanto acudir a los experticios ya existentes (fl. 58 del cdno. núm. 4). En estas condicio-

nes y al no estar acreditada la propiedad de los bienes inmuebles que se relacionaron bajo los literales b) y c) del hecho 15, de la demanda, y al no estar determinada al menos el área del indicado en el literal a) ni actualizado su certificado de registro, se hace imposible imponer una condena a Empresas Públicas" (fls. 143 a 148, cdno. 1).

El recurso:

La parte demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque el fallo y, en su lugar, se acceda a las peticiones de la demanda. Sustenta su recurso así:

"Cómo se prueba el dominio?

"Sumariamente se acredita la titularidad del dominio, por ejemplo para reclamar la suma debida por indemnización, pago por expropiación que sobre el dueño haga una entidad de derecho público, o cuando se demanda perjuicios que se han causado en una propiedad cuya titularidad queda así suficientemente acreditada mediante el título correspondiente con su registro acompañado del certificado del registrador de no haber sido cancelado su título por ninguno de los tres medios indicados en el artículo 789 del Código Civil.

El artículo 762 del C. C., dice:

" 'El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo'.

"La posesión se ha dicho es la vanguarda de la propiedad, lo que se muestra, lo que primero aparece. Sucede generalmente, que los titulares de un derecho son los que lo ejercitan y que el hecho de la posesión va siempre unido o casi siempre, a la titularidad del derecho que se posee. El interés social ha conducido al legislador a tomar en consideración un hecho que, con la mayor frecuencia, es conforme al derecho, una apariencia que tiene todas las probabilidades de corresponder a la realidad. Por eso la ley acude inmediatamente a proteger ese hecho de la posesión, como en los interdictos posesorios, aún sin examinar la correspondencia entre el hecho y el derecho, entre la posesión y la titularidad dominial, o por examinar detenidamente esa correspondencia entre el hecho y el derecho del poseedor frente a otro que, para quitársela, ha de demostrar un mejor derecho, un derecho mejor y más probable a la cosa.

"Antonio Rocha de la prueba en derecho.

"No está regulada la prueba del dominio privado.

"En primer lugar, porque la ley presenta la laguna de no haber regulado la prueba del derecho de propiedad. Sólo últimamente en

virtud de la Ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras y desde el 7 de abril de 1937 en que entró a regir, vino a decirnos cuándo existe propiedad privada.

"Artículo 7º 'Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. Las otras disposiciones de esta ley no se aplican a la propiedad urbana'.

"3. ...

"3.1. Un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria (20 años).

"Oseas Hincapié L., adquirió del señor Fernando Duque por compra un predio, mediante la escritura pública número 349 de 28 de junio de 1952. Adquirió dominio con un justo título, y su posesión material de treinta y cinco años (35).

"Y si a esta sumamos la del vendedor Fernando Duque, nos da más de cincuenta (50) años. Qué importancia tiene examinar la legitimidad de un título tan antiguo si la ley exige solamente 20 años" un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria?

"3.2. ...

"Oseas Hincapié L., era poseedor y dueño de los inmuebles a que nos venimos refiriendo. Demostrado el título de propiedad con el título y su respectiva nota de haber sido registrado y además acompañado por el certificado del registrador, no se puede desconocer esta prueba por la simple fecha. Para desconocerse el dominio sobre los inmuebles es necesarios demostrar que su título fue cancelado por alguno de los medios de que trata el artículo 789 del C. C.

"3.3. ...

"El apoderado de las Empresas Públicas de Medellín, dio por recibido no sólo el bien expropiado sino también los muebles y demás enseres que Hincapié L., tenía en los inmuebles inundados.

"Y no los retiró de dichos lugares, ni los abandonó voluntariamente, ni tampoco fue mero capricho, ni es cierto como dice la sentencia que la inundación fue lenta.

"Por el contrario, la inundación llevada a cabo por las Empresas Públicas de Medellín, con las aguas del Río Nare y con el fin de crear la represa, se efectuó de un momento a otro, intempestivamente, sin esperar la sentencia en que le expropiaba un bien a Oseas Hincapié" (fls. 158 a 161, cdno. 1).

El concepto fiscal:

El señor Fiscal Octavo de la Corporación solicita, en su concepto de fondo, que se confirme la sentencia apelada. Dice al respecto:

"Pero ocurre que, con la documentación aportada al proceso no se demostró que en realidad se destruyeron bienes que no figuraban en la sentencia de expropiación.

"Y es más, no se allegó al proceso los Certificados de Libertad de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, actualizados para la fecha de la presentación de la demanda, sino unos certificados expedidos por esa oficina con fecha anterior a la presentación de la demanda de expropiación, o sea, no se demostró la situación en que se encontraban dichos inmuebles en el momento de presentar la demanda de indemnización, pues precisamente con estos certificados de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos se acredita que los terrenos de propiedad del señor Oseas Hincapié que se dice no se incluyeron dentro de la sentencia de expropiación, seguían figurando a nombre de él" (fl. 170, cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

En cuanto a la caducidad propuesta por la parte demandada con fundamento en que la ocupación se produjo a más tardar el 2 de julio de 1978 y la demanda solamente fue presentada el 10 de diciembre de 1980, por lo cual habían transcurrido más de los dos años que, según el demandado, otorgaba la ley para este tipo de acciones, la Sala reitera lo que en relación con la ocupación permanente de bienes inmuebles con ocasión de trabajos públicos, ha venido sosteniendo en múltiples oportunidades.

La acción tendiente a obtener indemnización por ocupación permanente de inmuebles en razón de la ejecución de trabajos públicos se reguló por medio de los artículos 261 y siguientes de la Ley 167 de 1941 que dio la competencia para conocer de estos negocios a la jurisdicción contencioso administrativa y fijó un término de caducidad de dos años para el tipo de acción.

Pero como resultado de la sentencia de 20 de junio de 1955 por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia declaró inexequibles los artículos 261 a 268 de la mencionada ley, en lo que a ocupación permanente de inmuebles se referían, la competencia pasó a ser de la jurisdicción ordinaria y sometida a la prescripción extintiva de veinte años que para la acción ordinaria consagra el artículo 2536 del Código Civil.

Con la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) la competencia volvió a radicarse en la juris-

dicción Contencioso Administrativa y, nuevamente, la acción quedó sometida a una caducidad de dos años.

En el presente caso los hechos que sustentan la demanda ocurrieron, conforme lo plantea la parte demandada en su excepción, en el mes de julio de 1978, por lo cual la prescripción cuando se presentó la demanda apenas llevaba dos años corridos de los veinte señalados por la ley, por lo cual no cabe duda de que la demanda fue presentada dentro de la oportunidad legal.

También se descarta la aplicación en estos casos del artículo 28 del Decreto 528 de 1964, que sólo se aplicaba a las acciones administrativas derivadas de hechos u omisiones de la administración entre las cuales no se contaba la relativa a ocupación permanente de inmuebles en razón de trabajos públicos, que correspondían, como ya se dijo, a la jurisdicción ordinaria.

Así las cosas, la solución que da el *a quo*, en cuanto a este aspecto se refiere, se adecúa totalmente a las normas y principios que regulan la materia.

El fundamento de las pretensiones procesales, en el caso en estudio, se encuentra en los siguientes elementos de hecho:

a) Que las Empresas Públicas de Medellín adelantaron un proceso de expropiación con la finalidad de obtener un inmueble de propiedad del demandante, y ubicado en el casco urbano del municipio de El Peñol, el cual se requería para la construcción de la hidroeléctrica del Río Nare.

b) Además del inmueble expropiado por lo cual se le indemnizó, el actor era propietario de otros tres predios que se encontraban englobados con el primero, sobre los cuales ni se realizó proceso de expropiación ni se le indemnizó a pesar de que fueron inundados por las aguas del río Nare, por lo cual se produjo una expropiación de hecho de los mismos y su ocupación permanente por parte de las Empresas Públicas de Medellín, con ocasión de la ejecución de la obra pública mencionada.

c) Como consecuencia, al actor se le causaron perjuicios que deben ser indemnizados totalmente por la entidad pública que los ocasionó.

El *petitum* de la demanda se concreta a pedir que se declare al demandante "titular del dominio" de los tres inmuebles que, según él, no fueron expropiados y se le indemnicen los perjuicios que se le ocasionaron con su ocupación permanente.

Para demostrar los supuestos en que se fundan las pretensiones se aportaron los siguientes medios de prueba:

1. Copias auténticas del proceso de expropiación que adelantaron las Empresas Públicas de Medellín contra Oseas Hincapié López, que culminó ordenando el pago de una indemnización a su favor por $ 6.250.877.00 (fls. 1 a 65 del cuaderno 2).

Dentro de las mencionadas copias se encuentran a su vez las siguientes pruebas:

a) Inspección judicial efectuada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Marinilla sobre el predio materia de la expropiación (fls. 10 y ss., cdno. 2);

b) Sentencia que decreta la expropiación, en cuyo primer punto se encuentra descrito el bien expropiado por su situación y linderos (fls. 27 y ss., cdno. 2);

c) Diligencia de entrega del bien expropiado, que se cumplió cuando ya se encontraba sumergido bajo las aguas del río Nare (fls. 36 vto. y ss., cdno. 2);

d) Dictamen pericial realizado para determinar el precio del predio expropiado (fls. 33 y ss., cdno. 2);

e) Nuevo dictamen emitido para decidir la objeción que, por error grave, se presentó por el demandante contra el anterior (fls. 48 y ss., cdno. 4);

f) Providencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Marinilla que desecha la objeción por error grave, toma los dos dictámenes en su conjunto y fija el monto de la indemnización en $ 6.250.817.00 (fls. 58 vto. y ss., cdno. 2).

2. Escritura pública número 265 de 22 de junio de 1959 de la Notaría de El Peñol por la cual Oseas Hincapié López adquiere el bien que le fue expropiado (fls. 68 y ss., cdno. 2). Registrada el 3 de septiembre de 1959 en Marinilla.

3. Escritura número 552 de 25 de noviembre de 1943, de la Notaría de El Peñol, por la cual Oseas Hincapié López adquiere un lote de terreno con una casa de habitación situado en el municipio de El Peñol, (fls. 70 y ss., cdno. 2). Registrada el 30 de noviembre de 1943 en Marinilla.

4. Escritura número 349 de 28 de junio de 1952 de la Notaría de El Peñol, por la cual Oseas Hincapié López adquiere un solar ubicado en el municipio de El Peñol (fls. 72 y ss., cdno. 2). Registrada el 14 de julio de 1952 en Marinilla.

5. Escritura número 137 de 1946, de la Notaría de El Peñol por medio de la cual Oseas Hincapié López adquiere un solar con su

correspondiente casa de habitación, ubicado en el municipio de El Peñol (fls. 73 y ss., cdno. 2). Sin nota de registro.

6. Certificado expedido por el registrador de Instrumentos Públicos de Merinilla de fecha febrero 14 de 1973 en relación con algunos bienes de propiedad del señor Oseas Hincapié (fl. 74, cdno. 2).

7. Certificado expedido por el registrador de Instrumentos Públicos de Marinilla de fecha febrero 14 de 1973 en relación con algude propiedad del señor Oseas Hincapié adquirido por medio de la escritura pública número 552 de 25 de noviembre de 1943 otorgada en la Notaría de El Peñol (fl. 75, cdno. 2).

8. Certificado expedido por el registrador de Instrumentos Públicos de Marinilla el 30 de octubre de 1977, en relación con el bien que le fue expropiado al demandante (fl. 76, cdno. 2).

9. Certificado expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla el 31 de octubre de 1977 en relación con el bien adquirido por el demandante por medio de la escritura 349 de 28 de junio de 1952 (fl. 77, cdno. 2).

10. Testimonios de los señores Arnoldo Genaro Valencia, Héctor García Martínez, Julio César Rivera Gómez y Elkin Rivera Ramírez (fls. 26 y ss., cdno. 1).

11. Dictamen pericial rendido dentro de este proceso con el fin de avaluar los perjuicios ocasionados al demandante como consecuencia de la ocupación permanente de sus bienes (fls. 42 y ss., del cdno. 1).

12. Aclaración del dictamen anterior (fls. 56 y ss., cdno. 1).

13. Dictamen pericial que se produjo como consecuencia de la objeción que, por error grave, hizo la parte demandada a la pericia anterior (fls. 78 y ss., cdno. 1).

Como se ha venido sosteniendo, los elementos integradores de la reparación del daño ocasionado por la ocupación permanente de inmuebles con ocasión de trabajos públicos, son los siguientes:

a) Que el trabajo público sea realizado por cuenta del Estado, directa o indirectamente;

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 permanente de un inmueble y que esa ocupación genere un daño con relación de causa a efecto; y,

e) Que el demandante demuestre, además, el interés que le asiste para solicitar el pago de la respectiva indemnización.

En el caso *sub examine* el actor debía demostrar que los bienes que afirma que fueron ocupados permanentemente no se encontraban incluidos dentro de aquellos que le fueron expropiados e indemnizados como resultado del mismo trabajo público.

Se debe establecer si dentro del plenario se dieron plenamente todos y cada uno de los anteriores supuestos.

El trabajo público que originó la presente litis se produjo por cuenta de las Empresas Públicas de Medellín que necesitaron inundar con aguas del río Nare el casco urbano del municipio de El Peñol por la construcción de la segunda etapa de la central hidroeléctrica de dicho río, Guatapé II, aspecto que no ha sido materia de discusión y, por el contrario, fue admitido sin reserva alguna por la parte demandada.

La construcción de una hidroeléctrica implica por sí misma una finalidad de evidente interés público y social porque la generación y distribución de energía eléctrica corresponde hoy en día, a la satisfacción de una necesidad primaria de la comunidad. Su realización sobre inmuebles no da lugar a duda porque los bienes que se inundan al construir la represa necesaria para tal fin, son de esta naturaleza.

Que con la construcción de la represa se inundaron y, por tanto, ocuparon permanentemente bienes inmuebles del demandante, no ofrece tampoco duda alguna ya que así lo aceptan las empresas públicas demandadas y, además, existe plena prueba de que se produjo un proceso de expropiación precisamente para obtener tales bienes.

Ahora bien: el actor tenía que demostrar plenamente que, además del bien que le fue expropiado y por el cual recibió indemnización, existían otros de su propiedad que también fueron ocupados permanentemente y que no habían sido objeto de expropiación ni indemnización. Y en este aspecto es donde fallan totalmente los elementos de prueba allegados al plenario.

Estudiados dentro de las reglas de la sana crítica los elementos probatorios aportados al proceso, la Sala encuentra que la parte demandante no pudo demostrar la propiedad de los bienes inmuebles a que la demanda se refiere y mucho menos su identidad y determinación específica para diferenciarlos de aquel cuyo valor fue cancelado a través del proceso de expropiación tantas veces mencionado.

Las escrituras por medio de las cuales se trató de probar la propiedad de los inmuebles en ellas descritas y cuyas copias se agregaron al expediente (fls. 68 a 73, cdno. 2) apenas se podrían tomar como indicio de la existencia de los inmuebles ya que éstos nunca pudie-

ron ser identificados y, por otra parte, como bien lo dijo el Tribunal los certificados expedidos por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla (fls. 74 y ss., cdno. 2) lo fueron varios años antes de presentarse la demanda, por lo cual no tienen virtualidad suficiente para demostrar que los inmuebles allí descritos eran de propiedad del actor cuando se inició el proceso.

A la parte actora correspondía acreditar plenamente la condición de propietario de los inmuebles que dice fueron ocupados permanentemente, en cuya calidad sustenta sus pretensiones, probando no sólo que los había adquirido aportando copias de las escrituras públicas respectivas por tratarse de inmuebles (art. 1857 del Código Civil) y que se realizó la tradición (art. 756, *ibídem*), sino que el momento de ejercitar los derechos de que se dice titular en aquella calidad, todavía la ostentaba y para acreditar este último extremo debía acompañar con la demanda o solicitar por medio del juez del proceso, certificados actualizados del registrador de Instrumentos Públicos del lugar de ubicación de los inmuebles.

En su alegato correspondiente a esta instancia el actor, a través de su apoderado, afirma que el aspecto anterior carece de importancia dado que se trata de bienes que detentaba desde hace más de veinte años, término que la ley establece para adquirir un inmueble por prescripción extraordinaria, pero dentro del proceso no se encuentra acreditada ni siquiera la calidad de poseedor material por parte del demandante sobre los inmuebles.

Además, un poseedor también podría ser titular de indemnización por la ocupación permanente del inmueble poseído, pero en tal caso la medida de aquella variará según la relación que exista con el bien ocupado y al juez no le es dado cambiar a su arbitrio la particular posición que el actor quiso escoger en un proceso. En este caso el actor demandó como propietario de los inmuebles y tal posición no puede variarla en el curso del proceso porque se violarían los principios de igualdad de las partes y de lealtad entre las mismas.

Por otra parte, dentro del proceso no fue posible establecer la identidad de los inmuebles. Los dictámenes periciales realizados para tales efectos, tanto en el proceso de expropiación como en éste, carecen de firmeza, precisión y calidad en sus fundamentos para que puedan ser apreciados como plena prueba del valor de una indemnización. Y ello es así porque los mismos peritos reconocen que ni siquiera pudieron establecer la cabida de los inmuebles (fl. 58, cdno. 1).

Bien hicieron los primeros peritos nombrados en este proceso cuando renunciaron a su cargo "...por no contar con los elementos de juicio necesarios para rendir un dictamen preciso y adecuado, según nuestro leal saber y entender, toda vez que los que obran en el expediente no nos aportan una idea clara sobre los bienes, áreas,

linderos, estado, etc., y mucho menos se determinan los demás aspectos a los cuales debe extenderse el experticio..." (fl. 122, cdno. 2).

Los testimonios de los señores Arnoldo Guerrero Valencia, Héctor García Martínez, Julio César Rivera Gómez y Elkin Rivera Ramírez (fls. 26 y ss., cdno. 1) se refieren a los muebles y enseres que el demandante tenía dentro de la construcción inundada y que, en algunos casos, quedaron sumergidos bajo las aguas, pero sin que puedan determinarlos y especificarlos claramente.

Dentro del proceso no se encuentra explicación alguna en cuanto al por qué de la conducta del actor, quien no los retiró antes de la inundación y permitió que se perdieran.

Lo anterior es suficiente para que el fallo recurrido sea confirmado.

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:

Confírmese la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 11 de agosto de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR RIESGO/TEORIA DEL RIESGO-Servicio de energía

En múltiples ocasiones, el régimen de responsabilidad administrativa fundado en la falla del servicio es insuficiente para explicar la procedencia de la reparación de perjuicios que, en términos de equidad, deben ser resarcidos, no con base en tal régimen, sino con apoyo en la teoría del riesgo excepcional.

PERJUICIOS MORALES A LESIONADOS

La condena que de mil gramos oro se hace por el perjuicio moral sufrido por el demandante, se ajusta a las pautas jurisprudenciales para este tipo de lesiones que producen dolor y angustia máximas en quien ha de soportarlas.

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

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Colaboró: Doctor Juan Carlos Henao Pérez.

Referencia: Expediente número 5408 (317). Actor: Daniel Pira Amaya.

Procede la Sala a desatar la consulta que legalmente procede en relación con la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 7 de abril de 1988, en el proceso de Daniel Pira Amaya contra la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, D. E., y mediante la cual se hicieron unas condenas en contra de la empresa demandada.

I. *La sentencia consultada:*

La sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en su parte resolutiva, falló de la siguiente manera:

> "1º Se declara a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá responsable administrativamente por las lesiones su-

fridas por el demandante Daniel Pira Amaya con motivo del accidente producido por una línea de conducción de energía eléctrica el día 2 de octubre de 1982.

"2º Como consecuencia de la declaración anterior se condena a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá al pago de los siguientes perjuicios al demandante:

"a) Al valor de los perjuicios materiales que se liquiden en el incidente previsto en el artículo 308 del C. P. C., y conforme a las pautas dadas en la parte motiva de esta providencia;

"b) Por concepto de perjuicios morales a la suma equivalente a un mil (1.000) gramos oro, para la fecha de ejecutoria de esta providencia y según certificación del Banco de la República.

"3º Las sumas liquidadas ganarán 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 este término hasta su cancelación.

"4º Para el cumplimiento del fallo dése aplicación a los artículos 176 y 177 del C. C. A." (fls. 198-199, cdno. 1).

Para sustentar su decisión, el *a quo,* en un completo estudio de la situación jurídica sometida a su consideración, estimó que se reunían los elementos indispensables para que la declaratoria de responsabilidad fuera procedente en el caso de autos.

En primer término, consideró el Tribunal que se estableció la falla del servicio de la empresa demandada, puesto que, tratándose de una actividad peligrosa, aquella actuó con negligencia y descuido "pues de otra manera no se hubiese producido la caída de una línea minutos después de haber intervenido para restablecer el servicio en el mismo lugar" (fl. 194, cdno. 1).

En segundo término, encontró establecido el perjuicio, tanto material como moral, habida consideración de que la descarga eléctrica que sufrió el demandante le produjo entre otras secuelas una disminución del 80% de su capacidad laboral. Por ello, los perjuicios morales fueron tasados en 1.000 gramos oro, pero los materiales no pudieron ser objeto de cuantificación, ya que las pruebas que tendían a su concresión, eran manifiestamente contradictorias entre sí.

En fin, consideró el *a quo* que el nexo de causalidad entre la falla del servicio y el daño también se estructuró, a pesar de que la apoderada de la demandada estimó que el hecho se debió a caso fortuito o fuerza mayor, debido a la fuerte lluvia que caía en el lugar en el

momento del accidente. El Tribunal no aceptó el anterior argumento, pues "no existió la causa exonerativa de la responsabilidad por la fuerza mayor o el caso fortuito por las siguientes razones: a) Si bien es cierto que alguno de los testigos narran que efectivamente antes del accidente se había producido una fuerte lluvia, la verdad es que no hay prueba alguna indicativa de que efectivamente ese fenómeno hubiera producido el desprendimiento del cable; la circunstancia de la lluvia, por sí sola, no permite deducir que hubiese producido el daño en la línea de conducción, pues puede tener otras causas; b) Según el informe del personal técnico de la Sala de Maniobras a las 20.42 horas se hizo presente en el sitio el Móvil 26, se ensayó el circuito y quedó nuevamente en servicio, no obstante lo cual a las 20.45 horas, es decir tres minutos después, se recibieron llamadas telefónicas en la empresa comunicando que la línea de media tensión se había reventado y caído sobre una buseta. Esto descarta la fortuidad e indica más bien que hubo descuido y negligencia del personal que habiendo estado en el sitio de los hechos no tomó las medidas adecuadas para solucionar el daño que se había presentado en el circuito. De modo que el daño tuvo como causa la falla del servicio y no la fuerza mayor o el caso fortuito, pues si la administración hubiese actuado con diligencia y cuidado bien hubiese podido evitar el resultado dañoso (fls. 105 y 106, cdno. 1).

II. *La conducta de las partes durante la consulta:*

La sentencia no fue apelada por ninguna de las partes, razón por la cual se examina la providencia del Tribunal Administrativo en grado de consulta.

Durante el traslado previo que ordena el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, dispuesto mediante auto de julio primero de mil novecientos ochenta y ocho, el apoderado de la parte actora expresó su deseo de que se confirmara íntegramente la sentencia apelada, y para ello se remitió a los argumentos jurídicos por él plasmados en su alegato de conclusión (fl. 203, cdno. 1).

En los mencionados alegatos, obrantes a folios 165-170, expresó entre otras ideas, las siguientes:

"La transmisión de energía eléctrica y las empresas dedicadas a dicha labor, están calificadas por toda la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, como *actividades altamente peligrosas o riesgosas*, y por ello no sólo se presume cuando de ellas se trata la culpa, sino también la responsabilidad.

"... ... ...

"Según el profesor André de Laubadere, 'El Consejo de Estado aplicar la teoría del *riesgo excepcional* a las hipótesis donde la admi-

nistración utiliza algo considerado en sí mismo como peligroso. El ha extendido notablemente la tería del riesgo a los accidentes causados por actividades públicas peligrosas. El ejemplo típico es de los accidentes causados por las redes de distribución de energía eléctrica (*Traité Elementaire de Droit Administratif, cinquieme edition,* tomo I, pág. 650, L. G. D. J.).

"... ... ...

"Conviene insistir, que en el caso que nos ocupa, la Administración, es decir la demandada Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, bien puede ser condenada con base en la falla del servicio que aparece plenamente demostrada o con base en la presunción de culpa y responsabilidad de su parte configuradas en razón de la actividad altamente peligrosa y riesgosa que cumple y desarrolla".

A su turno, la empresa demandada guardó silencio procesal en el mencionado término. Sin embargo, para ilustrar su posición jurídica dentro del proceso, conviene citar algunos argumentos de su alegato de conclusión ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 162-164, cdno. 1).

"Pido a los honorables magistrados se sirvan en sentencia definitiva rechazar las pretensiones a que se refiere la demanda principal por cuanto se configura el caso fortuito o fuerza mayor exonerándose mi mandante ya que no existió una relación de causalidad ante la presente falla y el daño causado, ya que se encontraba lloviendo fuertemente por el sector de la carrera 30 con calle 2ª Barrio Asunción el día 2 de octubre de 1982 siendo aproximadamente las 20:40 donde a causa del fuerte aguacero se produjo ruptura de cable, es más en el sector esa noche se produjo (sic) varias rupturas del cable siendo atendidas en forma rápida y correcta por operarios dependientes de mi mandante efectuando un adecuado mantenimiento de la línea pero el hecho de que el fuerte aguacero volviera a efectuar (sic) la ruptura de otro cable es un hecho imposible de preveer por parte de mi poderdante".

III. *Concepto del Ministerio Público:*

A folios 211-214 del cuaderno 1, la Fiscal Segunda de la Corporación rindió concepto en el proceso de la referencia. De él se pueden extraer los apartes siguientes:

> "La prestación del servicio público desarrollada por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, exige una especial diligencia y cuidado a fin de garantizar la prestación del mismo en condiciones normales y con el menor riesgo para los usuarios, lo que sin duda no sucedió en el presente caso, como se deduce de las pruebas allegadas al proceso.

"Se pudo establecer que el cable conductor de la energía estaba dañado y ante la llamada de los vecinos, llegaron a repararlo los trabajadores de la Empresa de Energía. Al parecer el daño continuó, pues a los pocos minutos de haberse retirado los trabajadores, el cable se reventó y cayó en la vía pública, causando el accidente.

"En el informe suscrito por los ingenieros de la Sala de Maniobras y de Seguridad Industrial de la entidad demandada (fls. 78 y 79 cdno. 1), se dice en relación con los hechos ocurridos el día 2 de octubre de 1982, que después de efectuarse los arreglos en el transformador localizado en la calle 2ª con carrera 31-B, se solicitó reanudar el servicio de energía al circuito de MT correspondiente (denominado SENA), lo que sucedió a las 20:16 horas y a las 20:29 horas salió de servicio automáticamente. El oficial de servicio ordenó entonces al tablerista de la subcentral Veraguas que lo intercalara, como prueba normal. El circuito permaneció en servicio unos minutos y volvió a saltar. Se ordenó entonces el móvil 26 que se dirigiera a la carrera 30 con la calle 2ª para interrumpir el circuito e iniciar su revisión. A las 20:42 el móvil 26 ya en el sitio, solicitó que se ensayara el circuito y éste quedó nuevamente en servicio. A las 20:45 horas, se recibieron en la Sala de Maniobras dos llamadas telefónicas, una de la policía y otra de bomberos, para comunicar que en la calle 2ª con la carrera 31-B una línea de media tensión se había reventado y había caído sobre una buseta. Lo anterior indica, que entre el ensayo, la entrada en servicio del circuito correspondiente y el accidente, no transcurrieron más de tres minutos.

"Al hacerse la reparación del daño, no se tomaron las medidas necesarias para evitar hechos como el que originó la presente demanda. El paso peatonal y de vehículos continuó normalmente sin la debida señalización, y al parecer existió imprevisión por parte de la Empresa para dar en servicio el circuito denominado SENA, sin las pruebas y seguridades debidas. Está pues demostrada la falla del servicio por parte de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá".

IV. *Consideraciones de la Sala:*

Para la Sala se encuentran debidamente acreditados los siguientes hechos:

1. El día 2 de octubre de 1982 el señor Daniel Pira Amaya, al bajarse de una buseta en la carrera 30 con calle 2ª, a las 20:45, recibió una descarga eléctrica producida por un cable de media tensión per-

teneciente a la red de distribución de la empresa demandada (fl. 30 y 40, cdno. 2).

2. A raíz del mencionado accidente, el demandante sufrió una incapacidad laboral permanente del 80% (fl. 135, cdno. 1).

3. A las 20:16 de la fecha dicha, con posterioridad a que el móvil de composiciones número 26 hubiere efectuado arreglos en el transformador localizado en la calle 2ª con carrera 31-B, se ordenó poner en servicio el mencionado circuito eléctrico (fl. 78, cdno. 1 y 41 cdno. 2).

4. A las 20:39 del mismo día, el circuito salió de servicio automáticamente, y el tablerista de la Subcentral Veraguas ordenó, como prueba normal, que se conectara, volviendo a saltar minutos después (fl. 78, cdno. 1).

5. Por cuanto que el circuito había saltado nuevamente, se ordenó al móvil 26 que se dirigiera al lugar, lo cual fue hecho, realizándose además una revisión, para dejar el circuito en servicio a las 20:42 (fls. 78, cdno. 1; 41 y 57, cdno. 2).

6. A las 20:45 una línea de media tensión se reventó, cayó al suelo, y causó el accidente sobre el cual versa el presente proceso (fl. 78, cdno. 1 y 41, cdno. 2).

Frente a la situación fáctica descrita, considera la Sala oportuno realizar las siguientes anotaciones:

1. *La calificación de la falla del servicio realizada por el* a quo:

Tal como se ha anotado, estimó el *a quo* que en el presente proceso se configuró la falla del servicio de la entidad demandada. Para llegar a dicha conclusión, consideró el Tribunal:

> "Esto significa que en realidad la actuación de la empresa demandada no fue diligente, puesto que tratándose de una actividad peligrosa como la que más —la conducción de energía eléctrica— las medidas de previsión, incluidas las de atención al llamado de la ciudadanía ante la advertencia de un daño en las líneas de conducción, deben ser las más ágiles y efectivas posibles, puesto que una falla en determinado sistema o la presencia de alguna avería en dichas líneas aumentan los riesgos para la ciudadanía, no sólo en su salud e integridad personal, sino en muchos casos en la vida. Y en este caso si bien es cierto que la empresa demandada actuó con rapidez al llamado de los ciudadanos que advirtieron la caída del cable de media tensión y se presentaron al lugar de los hechos, la intervención en el arreglo de la falla no fue, desafortunadamente, efectiva, por cuanto, como lo señalan varios

declarantes y en el mismo informe se acepta por los funcionarios de la empresa que lo suscriben, sólo transcurrieron unos minutos después de que el personal técnico de la empresa desplazado se hubiese retirado del lugar de los hechos para que nuevamente se produjera la caída del cable que ocasionó la lesión al señor Pira Amaya. La actuación no sólo debe significar la presencia sino que fundamentalmente debe buscar el restablecimiento del servicio, el arreglo del daño y la seguridad de que se tomarán las medidas indicadas a fin de evitar los riesgos a los ciudadanos. Y en el evento de que no se pueda hacer el arreglo o reparación indicada para establecer el servicio, lo indicado es tomar las medidas aconsejables a fin de evitar los riesgos a los ciudadanos. En la noche de los sucesos desafortunadamente el personal no actuó de esa manera y por eso se produjo el resultado tan lamentable. Lo lógico es que si el personal especializado de la entidad demandada acudió al lugar de los hechos ha debido efectuar la revisión y el arreglo adecuado de las líneas de conducción. No actuó en la norma diligente y cuidadosa como se requería sino en una negligente y precipitada, pues de otra manera no se hubiese producido la caída de una línea minutos después de haber intervenido para restablecer el servicio en el mismo lugar.

"En estas condiciones se considera que el elemento de la falla del servicio se encuentra configurado, pues fue como un cable de media tensión que por negligencia y descuido de la demandada se encontraba en el piso con el cual el señor Pira Amaya recibió la descarga eléctrica que le causó lesiones" (fl. 194, cdno. 1).

Sin embargo, a juicio de la Sala, la calificación que del actuar administrativo realizó el Tribunal, es errada, por los siguientes motivos:

a) Probado está que la Empresa de Energía Eléctrica estuvo atenta a la anómala situación que se había generado en el circuito eléctrico que a la postre falló causando el perjuicio. Ello se deduce claramente de las varias revisiones que realizó el móvil 26 en el lugar de los hechos, que se han dejado anotadas. Dichas visitas técnicas realizadas por operarios de la empresa demandada, en vez de mostrar negligencia en la prestación del servicio a su cargo, denotan cumplimiento de las funciones que les han sido asignadas.

b) En estricto sentido, no se conoce con certeza la causa que produjo la caída del cable que provocó el perjuicio al demandante. Como bien lo anota la sentencia consultada hubo un intervalo de tres minutos entre la revisión que del circuito eléctrico realizaron técnicos de la Empresa de Energía, y el advenimiento del accidente. Pero el lapso ínfimo transcurrido, no permite inferir que la actuación de los téc-

nicos de la demandada fue fallida, en tanto no se produjo "el arreglo adecuado de las líneas de conducción" (fl. 193, cdno. 1), puesto que, precisamente, no se conoce qué actuación realizó el personal técnico de la Empresa. Sin saberse cómo se realizó dicha operación, en qué consistió, y cuáles criterios tuvieron los técnicos para reinstalar el circuito, resulta aventurado afirmar que hubo falla del servicio.

En este sentido, al contrario, observa la Sala que el servicio se prestó en condiciones normales. Sobre la manera como debe actuar la Empresa en situaciones como la presente, declaró la ingeniera electricista con cargo de profesional especializado en la empresa demandada, lo siguiente:

> "Existe el criterio de que según el clima, si hay mucho viento, si hay lluvia o tormenta normalmente la falla sobre el circuito es pasajera, por lo tanto se da orden de hacer un intento de cierre. Si el intento de cierre falla, inmediatamente se da orden a una camioneta o móvil que se dirijan al sitio más o menos al lugar donde va el circuito, el recorrido del circuito para que se haga una revisión" (fl. 44, cdno. 2).

Y tal fue precisamente el proceder de la empresa demandada, sin que por ello pueda reprocharse falla del servicio alguna, máxime si, como se ha dicho, no se sabe en qué consistió la revisión técnica realizada sobre el circuito.

c) Tampoco puede hablarse, como lo afirma la sentencia consultada de una falla del servicio consistente en no haberse tomado "Las medidas aconsejables a fin de evitar los riesgos a los ciudadanos" (fl. 193, cdno. 1), pues al no conocerse con precisión en qué consistió la labor técnica realizada sobre el circuito con tres minutos de anterioridad a la causación del perjuicio, mal puede saberse qué tipo de advertencias eran necesarias para evitar un riesgo que, por demás, probablemente a criterio de los técnicos, ya había sido superado.

Así las cosas, se sabe que el cable vino a tierra, produciendo el accidente, pero no se sabe a ciencia cierta por qué se produjo su ruptura y, menos aún, si ella fue debida o no a una deficiente intervención del personal de la demandada. Bien hubiere podido ocurrir que, a pesar de demostrarse una diligente actuación de los técnicos electricistas, el perjuicio hubiere también advenido.

Por lo anterior observa la Sala que la calificación que del actuar administrativo realizó el *a quo*, es incorrecta, precisamente por lo que parte de un supuesto equivocado al considerar que "se trata de establecer la responsabilidad por falla en el servicio", olvidando que, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corporación, si bien la falla del servicio es el régimen de derecho común de la responsabilidad extracontractual del Estado, bien pueden existir regímenes diferentes a aquel de derecho común.

La afirmación anterior reviste importancia precisamente frente a perjuicios como el que plantea el presente proceso, en los cuales así se desconozca el porqué de un accidente, la Corporación considere procedente la indemnización, y con apoyo en el principio *iura novit curia,* aplique la teoría del riesgo excepcional, que por demás es invocada por el demandante (fl. 144, cdno. 1).

Así en sentencia de marzo 8 de 1984, expresó la Sala:

> "Hay, en cambio, responsabilidad sin falta toda vez que el servicio eléctrico oficial, al establecer la conducción de energía 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" (*"Anales del Consejo de Estado"*, T. CVI, págs. 544 y ss.).

De igual tenor es la sentencia de la Sala de 20 de febrero de 1989, en la cual se afirmó:

> "c) Responsabilidad por 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 particularidad 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.
>
> "... ... ...
>
> "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" (*"Jurisprudencia y doctrina"* T. XVIII, núm. 108, pág. 249 y ss.).

Y el tratamiento que la jurisprudencia ha dado a este tipo de perjuicios, no es en manera alguna caprichoso, ni obedece a purismos académicos, sino que, se ilustra en el principio de equidad que busca dar solución a la reparación de perjuicios ocasionados con la prestación del servicio público de energía, que en las más de las veces, no encuentran en su origen falla del servicio alguna.

Ello significa que, en múltiples ocasiones, el régimen de responsabilidad administrativa fundado en la falla del servicio es insuficiente para explicar la procedencia de la reparación de perjuicios que, en términos de equidad, deben ser resarcidos, no con base en tal régimen como lo hizo el *a quo*, sino con apoyo en la teoría del riesgo excepcional como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corporación y se hace en esta sentencia.

2. *El perjuicio.*

Está demostrado en el proceso que el señor Pira Amaya sufrió graves daños en su integridad personal y salud, a consecuencia de la descarga eléctrica recibida.

El análisis hecho por la sentencia en consulta al respecto, merece la aprobación total de parte de la Sala, por los siguientes motivos:

1. Las pruebas existentes en el proceso acerca de la cuantía del perjuicio material (fls. 32, 36, cdno. 1), hacen imposible su concreción. En efecto, tal como lo anota el *a quo*, la contradicción existente entre las pruebas aportadas, impide determinar el monto de los ingresos mensuales del demandante. Por ello, la condena en abstracto decretada por el Tribunal es procedente, y se ajusta además a las pautas señaladas al efecto por la jurisprudencia.

2. La condena que de 1.000 gramos oro se hace por el perjuicio moral sufrido por el demandante, se ajusta también a las pautas jurisprudenciales para este tipo de lesiones que producen dolor y angustia máximas en quien ha de soportarlas.

En reciente oportunidad dijo en este sentido la Sala:

> "Y en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se observa que la amputación del miembro inferior derecho a la que se vio sometido el demandante, por la actuación administrativa, no puede menos que causar descompensación emocional profunda, habida consideración de las restricciones con las cuales ha quedado la víctima, produciéndosele así un dolor moral que el otorgamiento de la dicha indemnización busca atenuar. Si es cierto que dicho tope máximo está establecido jurisprudencialmente para los eventos de muerte, para parientes próximos, ello no es óbice para que la Sala establezca el tope máximo cuando se trata de una anomalía física, con hondas repercusiones morales y síquicas, con la cual ha de convivir por el resto de sus días el hoy demandante, quien para la fecha del perjuicio contaba tan sólo con 24.2 años de edad". (Expediente núm. 2852, 31 de julio de 1989, actor: Jorge Arturo Herrera V.).

Por lo anterior, debe confirmar la Sala la condena que por los perjuicios sufridos por el demandante, ordenó el sentenciador de primera instancia.

3. *La relación de causalidad.*

A pesar de que, como se ha anotado, la apoderada judicial de la parte demandada consideró que el accidente fue debido a una fuerza mayor o caso fortuito, la Sala hace suyas las argumentaciones dadas por el *a quo* para desestimar la alegación de la demandada, anteriormente transcritas.

Sin embargo, en este aspecto, insiste la Sala en lo dicho en otro aparte de este fallo: La causa del accidente fue, es y continúa siendo desconocida.

Tal como lo anota la sentencia consultada "la verdad es que no hay prueba alguna indicativa de que efectivamente ese fenómeno (fuerte lluvia) hubiera producido el desprendimiento del cable" (fl. 195, cdno. 1). Mas si la causa resultó desconocida ello no es óbice para que, con base en la teoría del riesgo excepcional que la Sala acoge y aplica, sea procedente la declaratoria de responsabilidad.

En este sentido ya había tenido la Sala oportunidad de pronunciarse, así:

> "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". (Sentencia de 20 de febrero de 1989; Expediente número 4655, actor: Alfonso Sierra Velásquez, Revista *"Cátedra Jurídica"*, Segunda época, número 5, febrero 89, pág. 6 y siguientes).

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

Falla:

1º Confírmase la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, proferida el siete de abril de mil novecientos ochenta y ocho, en el proceso de Daniel Pira Amaya contra la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, D. E.

Cópiese, notifíquese y en firme devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 17 de agosto de 1989.

REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sentencia julio 31 de 1989, exp. 2852, actor: Jorge Arturo Herrera.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA/HECHO DE UN TERCERO/EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Para que el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenérsele como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño. El caso en estudio es de aquellos en que la responsabilidad de la administración se funda en la falta o falla presunta en la prestación del servicio.

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

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5693. Actor: Martha María Peláez de Vargas y otros.

Cumplido el trámite procesal correspondiente se procede a decidir el grado de consulta que se surtió contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el día 30 de noviembre de 1988, por la cual se accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso que, contra la Nación colombiana —Ministerio de Defensa Nacional—, iniciaron Martha María Peláez de Vargas y otros.

La sentencia consultada:

El trámite correspondiente a la primera instancia terminó con sentencia cuya parte resolutiva dice:

"*Primero.* No prosperan las excepciones propuestas por la Nación.

"*Segundo.* La Nación colombiana (Ministerio de Defensa) es responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por Martha María Peláez de Vargas, Orfilia del Socorro, Godofredo de Jesús, Adiela de Jesús, Martha Nidia, Beatriz Elena, Erika Patricia y Claudia Mar-

cela Vargas Peláez, con ocasión de la muerte de su esposo y padre señor Héctor Manuel Vargas Giraldo, según hechos ocurridos el día 12 de agosto de 1985 en el Municipio de Cocorná (Ant.).

"*Tercero.* Se condena a la Nación (Ministerio de Defensa) a pagar las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios materiales:

"A Martha María Peláez de Vargas por dos millones ochocientos dos mil ochocientos dieciséis pesos moneda legal ($ 2.802.816.00).

"A Orfilia del Socorro Vargas Peláez siete mil ciento cincuenta y ocho pesos moneda legal ($ 7.158.00).

"A Godofredo de Jesús Vargas Peláez cuarenta y tres mil doscientos treinta pesos moneda legal ($ 43.230.00).

"A Adiela de Jesús Vargas Peláez ciento treinta y siete mil setecientos noventa y ocho pesos moneda legal ($ 137.798.00).

"A Martha Nidia Vargas Peláez ciento sesenta y siete mil setenta y cinco pesos moneda legal ($ 167.075.00).

"A Beatriz Elena Vargas Peláez doscientos veintidós mil quinientos diecinueve pesos moneda legal ($ 222.519.00).

"A Erika Patricia Vargas Peláez doscientos cuarenta y nueve mil novecientos diecisiete pesos moneda legal ($ 249.917.00).

"A Claudia Marcela Vargas Peláez doscientos setenta y cuatro mil doscientos veintitrés pesos moneda legal ($ 274.223.00).

"*Cuarto.* Se condena igualmente a la Nación (Ministerio de Defensa) a pagar el equivalente en dinero, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, según certificación del Banco de la República, así:

"A Martha María Peláez de Vargas mil gramos oro, a Orfilia del Socorro, Godofredo de Jesús, Adiela de Jesús, Martha Nidia y Beatriz Elena Vargas Peláez seiscientos gramos oro para cada uno; a Erika Patricia y Claudia Marcela Vargas Peláez (400) cuatrocientos gramos oro para cada una.

"*Quinto.* Esta sentencia se cumplirá en los términos establecidos por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 157 y 158 cdno. 1).

Para llegar a la anterior conclusión el *a quo,* luego de hacer un análisis de las pruebas aportadas al proceso, razona así en lo pertinente:

"La utilización de armas de fuego, a pesar de los fines de interés general para los cuales se destinan —mantenimiento del orden público entendido como las condiciones mínimas de seguridad y tran-

quilidad necesarias para la vida en comunidad—, constituye *per se* una actividad riesgosa o de peligro potencial. En estos términos, la falla en el sistema de seguridad del arma es algo que ha debido ser previsto por quien la utiliza. Siendo previsible la causación del daño por el uso de un arma defectuosa o de mala calidad es de esperarse que el Estado preveá la utilización de armas en buen estado y de buena calidad, no puede alegarse como motivo de exoneración de responsabilidad esa condición, que se insiste, ha debido ser prevista por la Administración.

"Así las cosas, está probada la falla del servicio toda vez que el servicio de policía funcionó de manera defectuosa, al utilizarse un arma que estaba en condiciones de causar daños —por defectos en su sistema de seguridad o por su mala calidad, es indiferente—, algo que necesariamente debe preveer el Estado al comprar y asignar el armamento a sus cuerpos de seguridad; por lo menos, debe dar un mantenimiento adecuado al mismo.

"2.2. La relación de causalidad.

"Aquí podrá preguntarse, qué incidencia tuvo la intervención del tercero que forcejeaba con el agente de policía, al momento de lesionar al señor Héctor Manuel Vargas Giraldo? Pudo su intervención romper el nexo de causalidad, para imputar exclusivamente a aquel la causación del daño?

"Ya se demostró cómo la falla del servicio fue anterior al hecho. Según la declaración del agente de policía, había solicitado a sus superiores que se le enviara a Medellín para cambiar su arma de dotación o para que ésta fuera reparada. Y así lo hizo efectivamente, pero le respondieron 'que eso no era nada', en el comando del departamento (fl. 55). Acaso esta manifestación no denota un comportamiento irresponsable de los cuerpos armados del Estado, encargados de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, que por razón de su actividad deben ser prudentes al máximo? Y no se diga, que de hecho, todos los agentes de policía en la práctica llevan su arma desasegurada, y además, que según concepto de la división de armamento no es obligatorio según los reglamentos mantener el arma asegurada, porque ya se anotó que por tratarse de una actividad de la administración, que por sí sola entraña peligro, es necesario exigir el máximo de cuidado y cautela.

"Pero es que además, si en gracia de discusión se admitiera la participación del tercero en la producción del hecho, ésta no le fue de manera exclusiva, en razón de que la administración ya había incurrido en una falla, al permitir que uno de sus agentes utilizara un arma defectuosa o de mala calidad. Y en ese mismo evento, de acuerdo con el artículo 2344 del Código Civil habría que predicar la solidaridad de la Nación y el tercero, lo que daría derecho a los de-

mandantes de dirigirse por la totalidad de la obligación en contra de uno cualquiera de los codeudores (art. 1571 del C. C.)" (fls. 143 a 145 cdno. 1).

"En la contestación de la demanda, la Nación invoca como causa exonerativa de su responsabilidad, el caso fortuito. El artículo 64 del Código Civil subrogado por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 define la fuerza mayor o el caso fortuito como 'el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.'.

"A pesar de que la norma transcrita identifica las nociones de fuerza mayor y caso fortuito, la jurisprudencia de la Corte (sentencia de 7 de marzo de 1939, G. J. Tomo XLVII, pág. 707) con fundamento en la doctrina (Louis Josserand, Derecho Civil. Tomo II, vol. págs. 339 y 340) afirma que mientras la fuerza mayor es el *acontecimiento extraño* irresistible e imprevisto que exonera de responsabilidad, el caso fortuito con las mismas características indicadas, se origina en la propia actividad o empresa, es interno, no separable de aquella, y por consiguiente no tiene efectos exonerativos. De donde se deduce que, según la jurisprudencia, los casos que el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 menciona por vía de ejemplo, constituyen fuerza mayor, no caso fortuito, porque son extraños a la actividad de la persona obligada.

"La fuerza mayor exonera siempre de responsabilidad, pero no sucede lo mismo con el caso fortuito, en tratándose de actividades peligrosas, porque cuando el accidente ha podido o debido ser previsto por quien ejerce tal actividad, el caso fortuito que motiva el accidente, por lo mismo era previsible, no causa exoneración de responsabilidad" (sentencia de noviembre 15 de 1940)" (fls. 146 y 147 cdno. 1).

Antecedentes:

En demanda presentada ante el Tribunal competente, la señora Martha María Peláez de Vargas, quien obra en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Orfilia del Socorro, Godofredo de Jesús, Adiela de Jesús, Martha Nidia, Beatriz Helena, Erika Patricia y Claudia Marcela Vargas Peláez, solicita por intermedio de apoderado, que se hagan las siguientes o similares declaraciones o condenas:

"*Primera.* Que la Nación es responsable por falla en el servicio, de todos los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes con la muerte del señor Héctor Manuel Vargas Giraldo, evento acaecido el día 12 de agosto de 1985.

"*Segunda.* Que, como consecuencia de la declaración anterior se condene a la Nación a pagar a Martha María Peláez de Vargas y a sus menores hijos, Orfilia del Socorro Vargas Peláez, Godofredo de Jesús Vargas Peláez, Adiela de Jesús Vargas Peláez, Martha Nidia Vargas Peláez, Beatriz Elena Vargas Peláez, Erika Patricia Vargas Peláez y Claudia Marcela Vargas Peláez, los *daños y perjuicios materiales por la muerte* de Héctor Manuel Vargas Giraldo, en la cuantía que resulte demostrada en el proceso, conforme a lo que se acredite por ingresos de éste.

"*Tercera.* La suma anterior será ajustada en los términos del artículo 178 del Decreto 01 de 1984.

"*Cuarta.* Se condenará igualmente a pagar a favor de todos y cada uno de los demandantes los *perjuicios morales* o *'pretium doloris'* por el equivalente al valor de un mil (1.000) gramos oro puro, al precio que certifique el Banco de la República para el día de la sentencia" (fl. 14, cdno. 1).

Los hechos fuente de las pretensiones procesales, se pueden sintetizar, así:

1º El día 23 de marzo de 1985, aproximadamente a las 11 y 50 de la noche, el señor Héctor Manuel Vargas Giraldo se dirigía a su casa de habitación, ubicada en el área urbana del municipio de Cocorná (Antioquia).

2º Al mismo tiempo y en el mismo lugar el agente de policía Georgilio Agudelo Quintero, en ejercicio de actos propios del servicio, conducía a una persona en estado de embriaguez hacia el respectivo puesto de Policía. En estas circunstancias se presentó un forcejeo entre el agente y el beodo como consecuencia del cual el arma que portaba el servidor público se disparó y el proyectil causó graves heridas al señor Héctor Manuel Vargas Giraldo, quien como consecuencia de las mismas, murió el día 12 de agosto de 1985.

3º El señor Vargas Giraldo se dedicaba a administrar un bar ubicado en el parque principal de la localidad; con las ganancias que así obtenía, de aproximadamente $ 45.000.00 según la demanda, sostenía a su esposa y a sus siete hijos, todos menores de edad, quienes, por tanto, recibieron perjuicios de orden moral y material como resultado de su muerte.

4º Consideran los demandantes que la muerte de su esposo y padre, respectivamente, tuvo como origen una falla en la prestación del servicio a que está obligada la Nación colombiana y, por consiguiente, ésta debe indemnizarlos por todos los perjuicios que les fueron ocasionados.

La consulta:

Del traslado surtido a las partes conforme lo prevén las normas procesales, solamente hizo uso la parte demandada solicitando, a través de su apoderado, que se exonere de responsabilidad a la administración por haberse presentado el hecho de un tercero. Al respecto se expresa en la siguiente forma:

"Insiste la demandada en los planteamientos hechos en el alegato de conclusión presentado ante el Tribunal, pues aunque el honorable magistrado ponente sólo acepta 'en gracia de discusión' la participación del tercero en la producción del hecho, ello no es admisible ya que dicha participación fue causa eficiente y necesaria para producirse el disparo, pues si el borracho no hubiera realizado el forcejeo con el señor agente de policía, nada hubiera pasado, no era el primer día que se mantenía en ese estado el armamento.

"Si bien es cierto que el seguro de la carabina se encontraba en defectuosas condiciones, también es cierto, aunque no lo acepta el señor magistrado, que es de orden imperativo el mantener las armas sin seguro en esa zona del país donde la inseguridad y la falta de respeto al derecho de la vida reinan, pues ni siquiera se respeta la autoridad sino que se hace uso del ejercicio arbitrario de las propias razones. Por tanto, aunque el seguro hubiere estado en perfectas condiciones la acción del tercero influye para producirse el disparo, tal como lo manifestó el señor mayor Hincapié Zuluaga, en su declaración, la que cité en mi alegato" (fls. 155 156, cdno. 1).

El concepto fiscal:

La Fiscal Segunda de la Corporación solicita, en su concepto de fondo, que se confirme la sentencia consultada. Dice así, en lo pertinente:

"Del conjunto probatorio enunciado se establece la existencia de los hechos a que se refiere la demanda, constituyéndose, en concepto de este despacho, en una falla de la administración el hecho de utilizar en un procedimiento policivo un arma de dotación oficial en mal estado de funcionamiento, comportamiento este imprudente y negligente, pues existiendo el conocimiento desde hacía varios días 'que esa carabina estaba mala' tal como afirma el declarante Hugo Nicolás Guzmán Ramírez y el mismo agente Georgilio Agudelo Quintero, no se ha debido seguir utilizando.

"De acuerdo a la Constitución Nacional, la Policía Nacional está obligada a prestar protección a los ciudadanos defendiéndolos en su vida, honra y bienes. En el presente caso fue un agente suyo, quien en forma imprudente utilizó su arma de dotación oficial en un procedimiento policivo, la cual no estaba en perfecto estado de funciona-

miento, produciéndose un disparo que ocasionó posteriormente la muerte del señor Héctor Vargas Giraldo" (fl. 171, 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 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 testimonios de personas que por una u otra razón presenciaron los hechos como consecuencia de los cuales Héctor Manuel Vargas Giraldo sufrió heridas que más tarde le causaron la muerte, o conocían las relaciones familiares, la fuente de los ingresos y otros aspectos de la vida del mismo.

Al proceso se allegaron los siguientes documentos:

1. Registro civil de nacimiento de Héctor Manuel Vargas Giraldo (fl. 2).

2. Registro civil de defunción del señor Héctor Manuel Vargas Giraldo (fl. 84).

3. Registro civil de matrimonio de Héctor Manuel Vargas Giraldo y Martha María Peláez Aristizábal (fl. 3).

4. Registros civiles de nacimiento de Orfilia del Socorro, Godofredo de Jesús, Adiela de Jesús, Martha Nidia, Beatriz Helena, Erika Patricia y Claudia Marcela Vargas Peláez (fls. 5 a 11).

5. Fotocopia inauténtica de la historia clínica elaborada en el Hospital de San Juan de Dios de Rionegro, al señor Héctor Vargas Giraldo (fls. 37 y ss.).

6. Copia inauténtica de la historia clínica del señor Héctor Manuel Vargas Giraldo que se encuentra en el Hospital de Rionegro (fls. 45 y ss.).

7. Testimonio del agente de policía Georgilio Agudelo Quintero (fls. 54 y ss.).

8. Testimonios del doctor José Gabriel Lopera Vergara, Hugo Nicolás Guzmán Ramírez, José Edgar Giraldo Vásquez, Libardo de Jesús Montoya y Jaime H. Arias Quintero (fls. 58 y ss.).

9. Constancia expedida por el Departamento de Policía de Antioquia en la cual se establece el tiempo de servicio del agente Georgilio Agudelo Quintero.

10. Concepto de la División de Armamento de la Policía Nacional, en el cual se establece que no existe norma alguna que obligue a los agentes de policía a mantener colocado el seguro de su arma (fls. 64 y 65).

11. Copia de la Resolución 1439 de 1972 por la cual la Superintendencia Bancaria adopta la tabla colombiana de mortalidad (fl. 68).

12. Constancia expedida por el comandante de la subestación de policía de Cocorná con la cual se demuestra que el día 23 de marzo de 1985 el agente Georgilio Agudelo Quintero se encontraba en servicio y portaba arma de dotación oficial.

Además, se agregó a la misma copia del poligrama recibido en el comando de distrito en el cual se informa sobre los hechos sucedidos en la mencionada fecha (fls. 84 y ss.).

13. Declaración del mayor José Guillermo Hincapié Zuluaga (fls. 99 y ss.).

14. Oficio originario de la Sociedad de Mejoras Públicas de Cocorná en el cual se informa que Héctor Manuel Vargas Giraldo era arrendatario de un kiosco situado en el parque municipal de ese municipio y de propiedad de la mencionada sociedad (fl. 104).

15. Dictamen pericial rendido para establecer el monto de las indemnizaciones correspondientes a cada uno de los demandantes (fls. 106 y ss.).

16. Certificado del registro civil de nacimiento de María Auxiliadora Peláez Aristizábal (fl. 118).

Pues bien: Apreciados los medios de prueba aportados al proceso, en su conjunto y dentro de las reglas de la sana crítica, es decir, haciendo un análisis individual de cada uno de ellos para luego compararlos entre sí y llegar, por último, a la síntesis de los elementos de hecho demostrados, la Sala encuentra lo siguiente:

El día 23 de marzo de 1985, en las horas de la noche, el agente de la Policía Nacional Georgilio Agudelo Quintero, conducía hacia la estación de policía de Cocorná, en ejecución de un procedimiento propio

de sus funciones, a una persona en estado de embriaguez, quien en un momento dado se le abalanzó tratando de arrebatarle su carabina de dotación oficial. Dentro del forcejeo que se produjo el arma se disparó y el proyectil hizo impacto en Héctor Manuel Vargas Giraldo, persona que transitaba en esos momentos por la misma vía causándole graves lesiones que, el 12 de agosto del mismo año, le ocasionaron la muerte.

Los testimonios coinciden en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se sucedieron los hechos y establecen claramente la ciencia de su dicho, es decir, el por qué les constan los sucesos.

Se encuentra, pues, plenamente demostrados tres hechos básicos que sirven de fuente a las pretensiones procesales: a) que Héctor Manuel Vargas Giraldo fue herido gravemente por arma de fuego el día 23 de marzo de 1985; b) que las heridas le fueron causadas por un proyectil disparado por el arma de dotación oficial que portaba el agente de policía Georgilio Agudelo Quintero; c) que el 12 de agosto de 1985 el señor Vargas Quintero falleció como consecuencia de las heridas recibidas.

La parte demandada ha venido sosteniendo durante el proceso, e insiste en ello en el alegato presentado ante esta Corporación, en que los hechos fueron consecuencia de la participación de un tercero "...pues si el borracho no hubiera realizado el forcejeo con el señor agente de policía, nada hubiera pasado..."

La participación de la persona que era conducida por el agente de policía en la producción de los hechos, es indudable porque así lo acepta la demanda y lo ratifican los testigos que presenciaron los hechos.

La doctrina es unánime al considerar que para que el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenérsele como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño.

Se hace notorio que el hecho del tercero debe ser imprevisible puesto que si puede ser prevenido o evitado por el ofensor le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual "no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo". Y debe ser irresistible puesto que si el causante del daño puede válidamente oponerse a él y evitarlo, luego no lo puede alegar como causal de exoneración.

Todos estos supuestos deben ser demostrados por quien alega el hecho del tercero como causal de exoneración de su responsabilidad.

En el caso en estudio es indudable que el agente de policía no sólo podía sino que tenía la obligación de prever la acción del beodo que conducía, tomando precauciones del caso para evitarla para lo cual debía estar previamente entrenado dada su formación profesional que, sin lugar a dudas, debe incluir el conocimiento de las precauciones necesarias en el caso de conducción de personas detenidas.

Tampoco se puede sostener válidamente que la acción del tercero fuera irresistible para el agente de policía porque, como ya se dijo, éste debía estar entrenado para superar con éxito tal tipo de contingencias.

Además, no puede afirmarse, en ningún momento, que el daño se produjo exclusivamente como resultado de la conducta del tercero ya que quien portaba el arma que se disparó era el agente de policía y sin la existencia de este instrumento el daño en ningún momento se había producido.

No se dan, en consecuencia en el presente caso los elementos que configuran el hecho del tercero como causal de exoneración de la responsabilidad.

Ahora bien: el Tribunal *a quo* considera que existió falla en la prestación del servicio y la fundamenta, en parte, en el hecho demostrado durante el proceso relacionado con que la carabina que portaba el agente Agudelo Quintero adolecía de defectos en su seguro, el cual se encontraba fuera de funcionamiento.

Para la Sala, tal circunstancia carece de virtualidad suficiente para estructurar una falla en la prestación del servicio si se tiene en cuenta que, conforme al documento que obra al folio 64 del expediente, los agentes de policía no están obligados a llevar colocado el seguro de su arma y, por el contrario, hay circunstancias que "...no sólo aconsejan sino obligan a llevar el arma sin seguro...". Si el arma no debe estar asegurada es indiferente que el seguro funcione, o no.

Pero lo anteriormente expuesto no es óbice para que la falla del servicio exista, así sea presuntamente.

En el *sub examine*, la demanda insiste en la existencia de una falla en la prestación del servicio por omisión porque el arma que se disparó estaba desasegurada y, por consiguiente, se omitió tal medida de precaución. "Al disparar la carabina, se presentó la falla en el servicio, porque el arma necesariamente estaba sin seguro, cosa que no es permitida, o el seguro estaba malo, y debe estar siempre bien", dice la demanda. Pero lo anterior no representa un obstáculo para que el fallador en aplicación del principio *iura novit curia*, pueda determinar el correspondiente régimen de responsabilidad y las condiciones que de su aplicación se derivan para que la responsabilidad del Estado pueda ser declarada.

Como lo ha venido reiterando la Corporación, el que los elementos de hecho narrados en la demanda sean integradores de una falla del servicio, una falla o falta presunta, un daño especial, o un riesgo excepcional, es un proceso de valoración teórico que corresponde efectuar al fallador autónomamente.

En aplicación de lo expuesto encuentra la Sala que, dadas las circunstancias demostradas en el plenario, existió una falla del servicio presunta, lo cual releva al demandante de la demostración de tal extremo como elemento estructural de la responsabilidad de la administración, quedando solamente obligado a probar el daño y el nexo causal.

En caso similar al presente la Sala en sentencia de 31 de julio de 1989, actor Jorge Arturo Herrera Velásquez, dijo:

"...se abstendrá la Sala de estudiar en el presente caso la posible falla del servicio por omisión que hubiere podido cometer la Policía Nacional, al no impedir el egreso a vacaciones a uno de sus miembros, portando un arma de dotación oficial con la que a la postre causó el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende mediante el presente proceso. Y estima irrelevante el análisis de dicho elemento, porque considera que el arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir.

"En este sentido, se expresó la Sala en sentencia de 27 de abril de 1989 (Expediente núm. 4992, actor: Olga Celis de Sepúlveda), en la cual afirmó:

> " 'Probado está que el agente de la Policía Nacional causó el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende en el presente proceso, con arma y cartuchos de dotación oficial. Se presenta así, en el caso en estudio, la existencia del nexo instrumental mediante el cual el servicio colocó al agente en posibilidad de causar el perjuicio. Este nexo, sería por sí solo suficiente para declarar la responsabilidad de la administración, habida consideración de la peligrosidad extrema que tales instrumentos conllevan' ".

"Puede entonces afirmar la Sala que la prueba de la falla del servicio, cuando se trata de perjuicios causados con arma de dotación oficial, no es necesaria para comprometer la responsabilidad de la Nación, siempre y cuando, obviamente, se haya probado el hecho dañoso y su relación causal con el perjuicio. Sobre el particular dijo recientemente la Sala:

> " 'Si bien es cierto el enfoque de la demanda y su prueba no permiten la prosperidad de la misma, la Sala considera,

> con apoyo en el principio *iura novit curia,* que la interpretación racional de los hechos permite hacer un enfoque diferente para concluir que sí se comprometió la responsabilidad de la nación por la presunción de responsabilidad que se le puede imputar a ésta por el hecho de los conscriptos sometidos a instrucción militar; actividad de especial peligrosidad, no sólo por los peligros que ella implica para los que la reciben, sino por la manipulación de equipos y armas de extraordinario riesgo' " (sentencia de 28 de abril de 1989; Exp. núm. 3852; actor: Jairo Rodríguez Durán).

"En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se observa que no hay motivo alguno para variar tal posición jurisprudencial; por el contrario, dicha posición debe ser reiterada; cuando se prueba que el nexo instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio, era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio.

"Por ello, entiende la Sala que frente a este tipo de perjuicios, el régimen aplicable es el denominado de la falla del servicio presunta.

"II. *Caracterización del régimen de la falla del servicio presunta:*

"En sentencia de febrero 20 de 1989, precitada, se había expresado la Sala sobre el régimen de la falla del servicio presunta, en éstos términos:

> " '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 este 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' ".

"Ahora bien: La Sala considera conveniente precisar las características fundamentales del régimen de la falla del servicio presunta, para los eventos en los cuales los perjuicios han sido causados con armas de dotación oficial, así:

"1. La aplicación de la regla *actori incumbit probatio* se atenúa respecto de la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al demandante, sino que el *onus probandi* no cobija la prueba de la falla del servicio, aunque sí la del hecho causante del daño y su relación con el mismo. Corresponde por tanto al actor probar sólamente la existencia de un perjuicio, que debe guardar relación de causalidad con la utilización del arma de dotación oficial.

"2. El perjuicio causado con arma de dotación oficial, hace presumir la falla del servicio, puesto que, al ser el mecanismo de la presunción una técnica probatoria que sólo exonera al actor del aporte de la prueba de la falta, no excluye el análisis que de la misma puede realizar el juzgador. Es pues, un régimen en el cual la falla del servicio sí está presente, lo que implica que se excluye, por definición, toda aplicación de la teoría del riesgo y de cualquier otro régimen de responsabilidad objetiva.

"3. Por ser presunta la falla del servicio ésta puede ser desvirtuada por la administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar probanza contraria que impida al juzgador extraer las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que pesa sobre la administración.

"4. En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de falla, se exonera de su responsabilidad. Mas para ello que sea así, el juez debe llegar a la convicción de que el actuar administrativo fue de tal manera prudente y diligente, que el perjuicio ocasionado con el arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falta suya. Ello es apenas obvio, en la medida en que, como lo ha dicho la Sala 'pesa sobre las Fuerzas Armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas' (sentencia de 27 de abril de 1989, precitada), debiendo por tanto, acreditar esa extrema prudencia y diligencia en las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, para dar por establecido la ausencia de falta de la administración.

"5. El hecho o la culpa de la víctima, al igual que en todos los regímenes de responsabilidad, exonera o atenúa, según el caso, la responsabilidad estatal.

"En efecto, dicha causal implica que el hecho causante del daño no es imputable al ente demandado, sino que, por el contrario, lo es a un comportamiento de la víctima. Sin embargo, estima la Sala oportuno recordar que no puede confundirse para dicho efecto, el nexo de causalidad con el de simultaneidad. Bien es sabido que en múltiples ocasiones puede ocurrir que simultáneamente al hecho causante del perjuicio, se observe un proceder reprochable de la víctima, que no necesariamente conlleva la exoneración de la administración. Precisamente por cuanto la administración está obligada a una suma y extrema prudencia y diligencia en el porte y uso de armas, la culpa de la víctima jugaría un papel eximente sólo en la medida en que guarde relación causal con la producción del perjuicio, a punto tal que se constate que la administración fue obligada a utilizar, legítimamente, dicha arma.

"6. El hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la administración, siempre y cuando se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a este último, produciéndose claramente la ruptura de la relación causal.

"7. La fuerza mayor exonera igualmente a la administración. En efecto, su existencia supone que ésta no ha cometido falla alguna y ello porque la causa de la falla del servicio no puede imputarse a la administración, sino a un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que supuestamente causó el perjuicio.

"8. El caso fortuito, al contrario, en su concepción moderna ius-administrativa de *causa desconocida,* no exonera a la administración frente a éste tipo de perjuicios. Al decir del profesor Paul Amselek, 'todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis misma, que en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en las que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio' (citado por F. Lorens-Fraysse, *'La presomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité'*, L. G. D. J., Paris, 1985, p. 147), puesto que, precisamente, la consecuencia de la concepción de la presunción de falta radica en que la víctima no tenga necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocerse cómo se produjeron dichas circunstancias, corresponderá al demandado asumir la duda que rodea las circunstancias exactas en las que advino el perjuicio".

La responsabilidad de la administración:

Como ya se dijo, para la Sala el caso en estudio es de aquellos en que la responsabilidad de la administración se funda en la falta

o falla presunta en la prestación del servicio. Corresponde, entonces, establecer si existió el daño y el nexo causal.

El perjuicio se evidencia por sí mismo, la muerte del esposo por una parte y del padre por otra origina para quienes la soportan perjuicios de orden moral y posiblemente material, objeto de resarcimiento por quien los causó, en tanto sean debidamente demostrados dentro del plenario.

El nexo causal entre la falla presunta y el daño, también se hace notorio. Sin el disparo del arma de dotación oficial que portaba el agente de policía no se hubiera producido la muerte de Héctor Manuel Vargas Giraldo y sin ella los demandantes no habrían sufrido los perjuicios cuya reparación solicitan; no hay duda alguna al respecto.

No se presenta, por otra parte, demostrada ninguna de las causales de exoneración que proceden en este régimen de responsabilidad. Efectivamente, no existió culpa de la víctima, no hubo fuerza mayor y el hecho del tercero quedó descartado como se precisó anteriormente.

Se presentan, por consiguiente, en su integridad, los elementos estructurales de la responsabilidad de la administración.

Los perjuicios:

En relación con los perjuicios morales subjetivos la Sala considera que sí se presentaron. Es natural que una tragedia en la cual se pierde al padre por una parte y el esposo por otra, siendo el fallecido jefe del hogar, incida profundamente en el ámbito sentimental de la familia causando un dolor que debe ser reparado conforme a los vínculos existentes entre cada uno de los demandantes y la persona cuya muerte dio origen a la demanda.

Los demandantes demostraron ser la esposa y los hijos del fallecido con los respectivos registros civiles de matrimonio y nacimiento, conforme lo prevé el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, estableciendo así su legitimación en la causa por activa (fls. 2 y ss.).

El *a quo* condenó al pago de este tipo de perjuicios ordenando una indemnización de 1.000 gramos oro para la esposa, de 600 gramos oro para algunos de los hijos y de 400 gramos oro para los otros.

A pesar de que las condenas en relación con los hijos no están acordes con las pautas que al respecto ha fijado esta Corporación que ha venido sosteniendo que la indemnización, en caso de muertes, puede ser de un mil gramos oro para el cónyuge sobreviviente y cada uno de los hijos de la víctima, la sentencia será confirmada por cuanto la consulta se surte en favor de la entidad pública y reformar la sentencia en su contra violaría el principio de la *reformtio in pejus*.

En cuanto a los perjuicios materiales se encuentra plenamente demostrado que se produjeron. Los testigos concuerdan en afirmar que la víctima sostenía económicamente a su esposa e hijos y que tanto aquella como éstos carecen de otro medio de subsistencia por lo cual se hace indudable que la pérdida de tal ayuda económica representa para los actores un perjuicio material.

El fallador de primera instancia condenó en forma concreta al pago de tales perjuicios con fundamento en un dictamen pericial que tuvo en cuenta los posibles ingresos de la víctima, su expectativa de vida y las edades de los hijos.

La Sala no comparte la forma en que se concretó esta condena. Es indiscutible que para determinarla se hace necesario en primer lugar establecer plenamente el valor de los ingresos de la víctima. Los peritos determinaron tal suma con base en el dicho de los testigos que fijan valores diferentes, sin dar las razones de lo que afirman, e hicieron un promedio que les resultó en $ 37.500 mensuales.

Tal dictamen carece de firmeza, precisión y calidad en sus fundamentos para que pueda tenerse como plena prueba. Como ya se dijo se basa en las afirmaciones de los testigos quienes a su vez dicen "imaginarse" que los ingresos ascendían a "treinta o cuarenta mil pesos mensuales" (Testimonios de Hugo Nicolás Guzmán y Jaime H. Arias, fls. 59 y 61), sin que establezcan la ciencia de su dicho y, en tales condiciones, la prueba pericial carece de valor probatorio.

Consecuencia de lo anterior es que la Sala reformará el ordinal tercero del fallo consultado para condenar al pago de perjuicios materiales pero *in genere*, para que se concreten por medio del incidente previsto en el artículo 308 del C. de P. C.

Tal liquidación se hará teniendo en cuenta las siguientes bases:

1º Se establecerá el monto de las ganancias obtenidas por Héctor Manuel Vargas Giraldo durante el año anterior al 23 de marzo de 1985, fecha en que recibió las lesiones que le causaron la muerte, para lo cual se tendrán en cuenta las ganancias obtenidas como arrendatario del kisco ubicado en el parque de Cocorná, conforme a los libros y papeles de comercio que al respecto existan, las declaraciones de renta no extemporáneas en relación con la fecha de presentación de la demanda o cualquier otra prueba que pueda producir certeza sobre el valor de tales ingresos.

2º En caso de no demostrarse el valor de los ingresos se liquidará la indemnización teniendo en cuenta el salario mínimo vigente a la fecha del fallecimiento, incrementándolo en un 25% por concepto de prestaciones sociales.

3º Se tendrá en cuenta la vida probable de la víctima y la de su cónyuge sobreviviente, así como las edades de los hijos menores quienes solamente percibirán indemnización hasta cuando cada uno de ellos cumpla la mayor edad.

Para efectos de las expectativas de vida se tendrán en cuenta las tablas colombianas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria y que obran en el expediente.

4º Para efectos de la indemnización se tendrán en cuenta dos períodos: la indemnización debida o consolidada desde el 23 de marzo de 1985, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia; y la anticipada o futura a partir de esta última fecha y hasta el cumplimiento de la vida probable de la víctima o de su cónyuge si ésta última fuese menor.

5º El monto de la indemnización se determinará tomando el 75% de los ingresos y se actualizará conforme a las orientaciones de la jurisprudencia de la Sala para lo cual se allegarán los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE—. Este monto no podrá exceder de los fijados como tope máximo en la sentencia que se consulta.

6º Para liquidar la indemnización por personas, el 50% corresponderá a la cónyuge y el otro 50% se distribuirá entre los hijos en partes iguales para cada uno de ellos.

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. Confírmanse los ordinales *Primero, Segundo, Cuarto, Quinto* y *Sexto* del fallo consultado.

Segundo. Refórmase el ordinal *Tercero* del mismo fallo, el cual quedará así:

Condénase *in genere* a la Nación colombiana —Ministerio de Defensa Nacional— a pagar a los demandantes Martha María Peláez de Vargas, Orfilia del Socorro, Godofredo de Jesús, Adiela de Jesús, Martha Nidia, Beatriz Elena, Erika Patricia y Claudia Marcela Vargas Peláez, por concepto de perjuicios materiales ocasionados por la muerte del señor Héctor Manuel Vargas Giraldo, las sumas que se determinen dentro del incidente que se tramitará como lo dispone el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, con sujeción a las pautas que para tal efecto se establecieron en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 17 de agosto de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

POLICIA NACIONAL/DIRECTOR GENERAL/NACION-Representación/COADYUVANCIA/LEGITIMACION PROCESAL

El director general de la Policía también podrá intervenir en los procesos contencioso-administrativos relacionados con actos o hechos de la Policía Nacional, no propiamente con el carácter de tercero, porque jurídicamente no lo es, como que esa institución forma parte integrante de la persona jurídica NACION, pero sí con las mismas facultades de los intervinientes adhesivos o coadyuvantes, sin serlo, pues no otro sentido tiene la previsión legal de que se le notifique el auto admisorio de la demanda, así como la posibilidad de que constituya apoderado dentro de tales procesos.

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

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número S-054. Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de julio 21 de 1988 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Actor: Ana María Mendoza de Moreno.

Procede la Sala a decidir el recurso de súplica interpuesto en tiempo por el señor director General de la Policía Nacional, por conducto de apoderado especial, contra la sentencia de julio 21 de 1988, dictada por la Sección Tercera de esta Corporación, dentro del proceso de reparación directa adelantado por Ana María Mendoza de Moreno contra la Nación —Policía Nacional— y el municipio de Sincelejo, mediante la cual las entidades demandadas fueron declaradas "administrativa y solidariamente responsables de las muertes de José Joaquín Moreno Mendoza y Benito Ciolo, con motivo del derrumbamiento de varios palcos de la Plaza de Toros Hermógenes Cumplido, el día veinte (20) de enero de mil novecientos ochenta (1980)" y, como consecuencia, se les condenó a pagar los perjuicios morales subjetivos a los demandantes, a fin de que se revoque parcialmente, y en su lugar, se dicte sentencia de instancia en la cual se absuelva a la Nación de los cargos formulados contra ella.

La sentencia suplicada, según el recurrente, condenó solidariamente a la Nación contrariando dos 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 Política, es de medio y no de resultado; y,

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, además, que dicho ente haya sido requerido expresamente o que por otros medios haya tenido conocimiento serio y fidedigno de los hechos que lo obligaban a actuar.

En el escrito de interposición del recurso extraordinario, el suplicante indicó los proveídos de Sala Plena contentivos de la anterior jurisprudencia: la sentencia de julio 16 de 1980, expediente 10134, ponente Jorge Dangond Flórez, y la de junio 12 de 1984, expediente 11014, ponente Bernardo Ortiz Amaya, cuya actora fue la señora Ligia Calderón de Córdoba.

Agrega el recurrente que la jurisprudencia de la Sala Plena, expuesta en las sentencias precitadas, no ha cambiado con motivo de la expedición del fallo de julio 12 de 1988 (Exp. R-029, actor Ligia Calderón de Córdoba, ponencia del señor consejero Simón Rodríguez R.), que anula la sentencia de febrero 17 de 1983 de la Sección Tercera de la Corporación; que, simple y llanamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado introdujo, en el precitado caso, la noción según la cual "cuando se dan condiciones especiales de riesgo, antecedentes (atentados ya perpetrados, amenazas), calidad o investidura de la persona (presidente del Tribunal Superior del Cesar), no se requiere la solicitud expresa de protección, para que ésta deba atenderse por las autoridades encargadas de dispensarla".

Por su parte, la apoderada de los demandantes dentro del proceso de la referencia ha solicitado rechazar el recurso por haber sido interpuesto en nombre de la Nación por el director general de la Policía, que no la representa, y que no es "parte" dentro de los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado, ni está autorizado, por mandamiento legal alguno, para actuar dentro de los mismos.

Para resolver, se considera:

1. Sea lo primero señalar —como ya se había hecho por esta Corporación en sentencia de 5 de octubre de 1988 (Exp. S-042, actor Samuel Gil Lidueña, consejero ponente: Miguel González Rodríguez, en donde se decidió recurso similar)— "que si bien en los procesos

contencioso-administrativos relacionados con actos o hechos de la Policía Nacional, la Nación estará representada administrativamente por el secretario general del Ministerio de Defensa, conforme al artículo 150 del Decreto-ley 2247 de 1984, es lo cierto que por disposición expresa de esa norma, concordante con los artículos 225 y 174 de los Decretos 2062 y 2063 del mismo año, el director general de la Policía también podrá intervenir en dichos procesos, no propiamente con el carácter de tercero, porque jurídicamente no lo es, como que esa institución forma parte integrante de la persona jurídica *Nación,* pero sí con las mismas facultades de los intervinientes adhesivos o coadyuvantes, sin serlo, pues no otro sentido tiene la previsión legal de que se le notifique el auto admisorio de la demanda, así como la posibilidad de que constituya apoderado dentro de tales procesos.

"El artículo 52 del C. P. C., que regula la intervención adhesiva de los terceros, dice textualmente en su inciso segundo:

> " 'El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio'.

"Por consiguiente, el director general de la Policía Nacional podía, como lo hizo, interponer válidamente el recurso extraordinario de súplica con fundamento en la Ley 11 de 1975, porque también la *Nación,* representada por el secretario general del Ministerio de Defensa, podía efectuar dicho acto procesal, el cual, por otra parte, no se opone a la actividad procesal de ésta ni implica disposición del derecho en litigio".

Por las anteriores consideraciones, que ahora reitera la Sala, se entrará a analizar y decidir el recurso ejercitado por el señor apoderado de la Dirección General de la Policía Nacional.

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, el 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 ponencia del doctor Bernardo Ortiz Amaya, lo siguiente:

"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 para poner todos los instrumentos a su alcance para la debida protección de tales bienes tangibles e intangibles".

Por su parte, la sentencia suplicada, acogiendo las consideraciones expuestas en la sentencia de 25 de abril del mismo año, expediente 3882, actor, Jaime Arturo Bertel Martínez y otros, consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo, en relación con los mismos hechos controvertidos, condena a la Nación con base en los siguientes argumentos que reitera:

"...El artículo 16 de la Constitución establece la condición *sine qua non* de existencia de las autoridades de la República: La protección de la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia. El artículo 20 *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 simi-

lares 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 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, aquéllas conductas que ponen en peligro la subsistencia del grupo.* Fundamentada en este principio la fuerza pública combate la subversión tan pronto se presenta y sin esperar orden del poder civil. En el caso *sub 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 —como ya lo ha hecho en otras oportunidades respecto a recursos y casos similares— 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, aquél en que la administración pública 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 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 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 vida 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 R., actor: Ligia Calderón de Córdoba).

De donde se sigue, que tampoco por éste 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 de súplica se daba la contradicción alegada, porque ésta 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 en Colombia. Basta 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 autoriades o instituciones para prevenir y castigar los delitos, y asegurar así el respeto de los derechos, conforme al discurrir ordinario de la vida social. Dentro de este orden de cosas que contempla las relaciones de particular a particular, sin saltar al campo de las cosas públicas, así cumple sus fines la administración.

"Pero cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias se requiere entonces la presencia especial de la autoridad. Si ésta no acude, su omisión consentida se resuelve necesariamente en negligencia, causante de perjuicios y originaria de responsabilidad. No se puede responsabilizar al Estado por la actividad furtiva y esporádica de los delincuentes. Se le responsabiliza cuando el desorden causante del daño se hace em-

presa pública y aquél 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).

El propio recurrente, reconoce, en su escrito de interposición del recurso *sub examine*, que con la decisión adoptada por la Corporación en la susodicha sentencia de julio 12 de 1988, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no ha producido cambio alguno en su concepción jurisprudencial sobre la materia, y que lo que se hizo en ella fue introducir la "noción según la cual cuando se dan condiciones especiales de riesgo, antecedentes (atentados ya perpetrados, amenazas), calidad o investidura de la persona (presidente del Tribunal Superior del Cesar), no se requiere de la solicitud expresa de protección para que ésta deba atenderse por las autoridades encargadas de dispensarla", cuestión que, por lo demás, no es totalmente cierta, pues como se ve de la transcripción de lo pertinente de la sentencia de noviembre 17 de 1967, desde allí ya el Consejo de Estado había tenido en cuenta "las circunstancias extraordinarias sobrevinientes" que requieren o imponen la presencia de las autoridades para tratar, al menos, de evitar el hecho dañino.

De todo 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 julio 21 de 1988, no está llamado a prosperar.

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

Falla:

No prospera el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de veintiuno (21) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), de la Sección Tercera de esta Corporación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase a la Sección de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Reiteración sentencia de 5 de octubre de 1988. Expediente número S-042.

Antonio J. de Irisarri Restrepo, presidente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja*, ausente; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Guillermo Benavides Melo*, ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo*, ausente; *Samuel Buitrago Hurtado*, ausente; *Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro*, salvó el voto; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure*, ausente; *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos*, salvó el voto; *Simón Rodríguez Rodríguez, Carmelo Martínez Conn*, con salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta*, ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO/ FALLA DEL SERVICIO POR OMISION/AUTORIDADES MUNICIPALES/AUTORIDADES NACIONALES (Salvamento de voto)

Al haberse ampliado en la sentencia recurrida el criterio de derivar responsabilidad extracontractual de las entidades públicas con base en lo dispuesto por el artículo 16 de la C. N., sin tener en cuenta que la omisión de funciones debe referirse a aquellas que la ley les haya encomendado y que les corresponda ejercer directamente, se cambió la jurisprudencia sentada por la Sala Plena.

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

Referencia: Expediente número S-054. Actora: Ana María Mendoza de Moreno.

En forma respetuosa me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, pues a mi entender, el recurso extraordinario de súplica estaba llamado a prosperar, porque 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 está regla por la extensión incondicional de la responsabilidad a la "casi totalidad de las autoridades del orden nacional".

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 120 ordinal 7º de la C. N., 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 C. N., sin tener en cuenta que la omisión de funciones debe referirse a aquellas que la ley les 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 ignorarse 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.

Clara Forero de Castro.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO/ FALLA DEL SERVICIO POR OMISION/AUTORIDADES MUNICIPALES/AUTORIDADES NACIONALES (Salvamento de voto)

Hubo desconocimiento de la jurisprudencia del 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.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—

Referencia: Radicación S-054. Actor: Ana María Mendoza de Moreno.

Con todo respeto, me aparto de la decisión mayoritaria que antecede por considerar que el recurso de súplica ha debido prosperar por cuanto en la sentencia recurrida, la Sala Plena cambió la jurisprudencia que venía sosteniendo el Consejo de Estado con relación a la responsabilidad del Estado por omisión.

En efecto:

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 judice*, la condena 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, y que 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—, Policía 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— y al municipio de Sincelejo, 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 solidaria de la Nación —Ministerio de Defensa Nacional— Policía Nacional y del 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.

FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA/PRUEBA INDICIARIA

En parte alguna del derecho probatorio le da menos valor demostrativo al indicio que a la prueba directa. Si todos los indicios estaban orientados, sin excepción, a mostrar como causa de la muerte la sorpresiva descarga eléctrica en momentos en que se cumplían labores de reparación, le incumbía al DAAC la carga de demostrar que otra había sido la causa.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/INDEMNIZACION LABORAL/INDEMNIZACION A FOR-FAIT

Cuando un servidor público perece por fuera de los riesgos normales de su actividad, la acción de reparación es posible, así las personas damnificadas sean acreedoras a las indemnizaciones por muerte del servidor. No puede olvidarse que en este último evento, tales personas son causahabientes de esos derechos; mientras que en las acciones de reparación directa ese derecho está radicado, por regla general, en cabeza del damnificado, por el perjuicio que sufrió y no como sucesor del derecho de la víctima.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5463. Indemnizaciones. Actor: Olga Deyanira Ardila de Rincón.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil contra la sentencia de 28 de abril de 1988, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y mediante la cual se dispuso:

> "1º No prospera la objeción que por error grave formuló la apoderada de la parte demandada contra el dictamen pericial.

"2º Declárase a la Nación —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil— responsable administrativamente de la muerte del señor Orlando Alfonso Rincón Ibarra ocurrida en Bogotá, el día 24 de abril de 1984.

"3º Como consecuencia de la declaración anterior la Nación —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil— reconocerá y pagará por concepto de perjuicios materiales a la señora Olga Deyanira Ardila de Rincón y a la menor Verónica Rincón Ardila, representada por su señora madre, las sumas que se determinen en el incidente de regulación de perjuicios previstos en el artículo 308 del C. P. C., y siguiendo las pautas dadas en la parte motiva de esta providencia.

"4º La Nación —Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil— reconocerá y pagará por perjuicios morales los siguientes valores:

"a) A la señora Olga Deyanira Ardila de Rincón la suma correspondiente a un mil gramos oro (1.000) conforme al valor que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"b) A la menor Verónica Rincón Ardila, representada por su madre Olga Deyanira Ardila de Rincón, la suma de trescientos gramos oro (300), conforme al valor que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"5º Las sumas liquidadas devengarán 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.

"6º Para el cumplimiento de esta sentencia dése aplicación a los artículos 176 a 178 del C. C. A.

"7º Deniéganse las demás súplicas de la demanda".

Se inició el proceso mediante demanda presentada el 21 de junio de 1985. En dicho escrito se narraron en síntesis, los siguientes hechos:

a) Que el señor Orlando Alfonso Rincón falleció el 24 de abril de 1984, cuando laboraba al servicio del DAAC.

b) Que dicho señor estaba casado con la señora Olga Deyanira Ardila; enlace que se llevó a cabo el 19 de septiembre de 1980 y de cuya unión nació la niña Verónica Rincón Ardila el día 23 de junio de 1983.

c) Que ese 24 de abril de 1984, el señor Rincón Ibarra, mientras hacía reparaciones eléctricas propias de su cargo, murió por causa de una sorpresiva descarga eléctrica.

d) Que para cumplir su labor, el señor Rincón cerró el circuito correspondiente; circuito que fue restablecido sorpresivamente, con el resultado mencionado.

e) Que el señor Rincón Ibarra, con sus ingresos sostenía a su hogar y que su fallecimiento privó tanto a su hija como a su cónyuge de los medios de supervivencia; perjudicándose así material y moralmente.

El Tribunal luego del trámite correspondiente falló en la forma atrás mencionada. Del fallo recurrido se destaca el siguiente aparte:

> "3. Es cierto que en el proceso no se encuentra la prueba científica que indique la causa de la muerte, pues no figura la necropsia. Sin embargo, el conjunto de pruebas si permite llegar a la conclusión de que el fallecimiento del señor Orlando Rincón se produjo como consecuencia de una descarga eléctrica, pues la Sala comparte el análisis que sobre el particular hizo el señor fiscal, en los siguientes términos:
>
> " 'Si bien, como lo aduce la apoderada de la Aeronáutica Civil, no hay prueba directa del hecho generador de la falla del servicio, es decir, que en el momento en que el señor Rincón Ibarra se encontraba realizando reparaciones fue conectada la energía eléctrica, para este despacho existen una serie de indicios que en forma conjunta apuntan a indicar la existencia de dicho hecho. En efecto, aparece en el registro civil de defunción como causa de la muerte «fibrilación ventricular» (fl. 18 cuaderno principal núm. 1), que consiste en despolarizaciones rápidas, desorganizadas y multifocales del miocardio ventricular lo que impide al corazón bombear en forma normal la sangre, produciendo un paro cardíaco. La fibrilación puede ser originada en enfermedades cardíacas propiamente dichas, o por intoxicación eléctrica. Frente a estas tres posibilidades, se encuentra que, como aparece de la historia clínica, el señor Rincón Ibarra al momento de su muerte contaba con 25 años de edad y sin antecedentes de tipo cardíaco (fls. 9 y 36 a 39 cuaderno principal de pruebas núm. 2), que permiten suponer que la muerte hubiera podido ocurrir por tal causa, sino al contrario, tiende a desvirtuar tal posibilidad; por otro lado, frente a la posible intoxicación, se anota que esta también se excluye como causa probable de la muerte, primero por que no existe el antecedente de ingestión en forma crónica de una de tales medicaciones, no hay indicios de que recibiera una aplicación intravenosa de medicamentos potencialmente capaces de causar la fibri-

lación; por último, como única posibilidad queda la descarga eléctrica, habiendo sucedido la muerte en condiciones de tiempo, modo y lugar que harían presumir tal causa, sin encontrar elementos que pueda desvirtuarla. Además, el testimonio que obra a folios 3 y 4, cuaderno de pruebas número 2 y el acta de accidente de trabajo (fl. 7 cdno. ppl. núm. 1), elaborada por el administrador, señalan como causa de la muerte una descarga eléctrica, y si a esto añadimos que en el testimonio citado se expresa que en la Caja Nacional le realizaron masajes y choques que es en la generalidad de los casos el tratamiento indicado para la fibrilación; para este despacho, del conjunto de indicios aparece que la muerte del señor Rincón Ibarra ocurrió como consecuencia del desempeño de sus funciones como técnico electricista en el aeropuerto El Dorado, a órdenes del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y que fue originada en una descarga eléctrica' (fls. 96 y 97 cuaderno 1).

"4. Es evidente que en el expediente no se encuentran las pruebas suficientes que permiten establecer las distintas circunstancias que dieron lugar a la producción de la descarga eléctrica que ocasionaron la muerte del señor Rincón Ibarra. Pero sí se encuentra demostrado que el señor Orlando Rincón en ejercicio de las funciones de su cargo se encontraba efectuando trabajos de mantenimiento en la iluminación de la pista del aeropuerto El Dorado, con los circuitos deserginizados, cuando después de haber reparado cinco lámparas y confiado de que no existía energía eléctrica continuó su labor y recibió la descarga eléctrica, pues así lo indica el Acta de Accidente de Trabajo ya transcrita y se desprende de la declaración rendida en el proceso por el señor José Germán Arévalo Bonilla.

"Esto significa que, sin lugar a dudas, cuando el empleado Rincón Ibarra adelantaba su trabajo fue conectada la corriente de energía eléctrica que produjo la descarga que ocasionó la muerte. Y la conexión de la energía eléctrica sólo pudo obedecer a una falla del servicio, por cuanto significa un descuido, una imprudencia en el manejo de los controles y mecanismos de seguridad enderezados a proteger a los empleados encargados de adelantar trabajos relacionados con el sistema eléctrico del Aeropuerto El Dorado de Bogotá. Lógicamente que si se adelantaban trabajos de mantenimiento en los circuitos eléctricos éstos se debían mantener deserginizados durante todo el tiempo que la labor lo requiriera y no restablecer la energía cuando aún se continuaba en esos trabajos por parte de la entidad demandada. Según la declaración de José Germán Arévalo Bonilla, empleado que también adelantaba sus labores en compañía de Orlando Alfonso Rincón, dentro de la organización de la entidad la función

de señalizar los circuitos y controlar la energía si estaba asignada especialmente a un funcionario —el jefe de turno— (fl. 4). De modo que sólo por una falla, una falta de control y previsión en el manejo de los circuitos de energía, se pudo instalar corriente eléctrica en momento en que el señor Rincón cumplía con el trabajo asignado por la entidad. Y es que tratándose del ejercicio de una actividad peligrosa, como lo es en sumo grado el de la energía eléctrica, los patronos —sean éstos particulares u oficiales— deben ser muy previsivos para evitar la ocurrencia de accidentes fatales que afecten la integridad y aún la vida de las personas que trabajan al servicio de los mismos; deben adoptar y establecer todas las normas y medidas de seguridad tendientes a evitar que por un descuido o una imprudencia se ocasionen daños en las personas y en los bienes. Cuando estas normas y medidas no se adoptan o cuando adoptadas no son suficientes y a consecuencia de ellas se ocasiona un daño, necesariamente se presenta una falla del servicio. Esto fue lo que ocurrió en el presente caso, pues, aunque la administración adoptó medidas tendientes a evitar accidentes, cuando se hicieran labores de mantenimiento en la iluminación de la pista del Aearopuerto El Dorado de Bogotá, la realidad es la de que aquéllas no resultaron eficaces, por cuanto debido al descuido o imprudencia del personal encargado del control de los circuitos eléctricos se ocasionó la muerte de uno de sus servidores que precisamente adelantaba trabajos relacionados con ese mantenimiento.

"Ahora, es evidente que la persona que se dedica a las actividades relacionadas con la energía eléctrica, en términos generales, está expuesta a riesgos, derivados de la peligrosidad de los mismos, de su propia pericia y de la ausencia de sistemas o medidas de seguridad, pero así mismo es cierto que cada día se avanza más en la innovación de métodos y sistemas de seguridad y protección que disminuyen considerablemente y que aún en algunos casos hacen desaparecer por completo esos riesgos, siempre y cuando aquellos se adoptan y aplican en debida forma. La muerte del señor Rincón no ocurrió por el riesgo normal de la actividad, pues la labor de mantenimiento —reparación de unas lámparas— en el circuito principal de la pista del Aeropuerto El Dorado de Bogotá se podía adelantar y culminar sin que se le causaran daños y, sólo se podían producir en el evento en que se incurriera en un descuido, en una imprudencia, como efectivamente ocurrió. Lo normal es que por un trabajo en electricidad como el que ejecutaba el día de los hechos el señor Rincón no se produzca ningún daño en la integridad física de la persona que hace esa labor, y mucho menos la muerte. Se da, pues, ese primer elemento de la responsabilidad".

Apelada la decisión por la entidad demandada, se cumplió el trámite de la segunda instancia.

Durante ésta sólo alegó la parte recurrente, quien hace crítica a la decisión del Tribunal, con apoyo en vacíos probatorios que según ella no pudieron darle certeza al juzgador sobre los hechos del proceso y en especial sobre los supuestos de la responsabilidad.

La Fiscalía Segunda de la Corporación, en su vista de junio 12 de 1989, estimó que la sentencia debía ser revocada para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

De esa opinión se destaca el siguiente aparte:

> "Respecto a la falla o falta del servicio consistente en la imprevisión y carencia de adecuados sistemas de seguridad, nada se dice en la sentencia y este despacho no encontró ninguna prueba sobre estos hechos.
>
> "Al folio 109 afirma el Tribunal: 'De modo que sólo por una falla, una falta de control y previsión en el manejo de los circuitos de energía, se pudo instalar corriente eléctrica en momentos en que el señor Rincón cumplía con el trabajo asignado por la entidad. Y es que tratándose del ejercicio de una actividad peligrosa, como lo es en sumo grado el de la energía eléctrica, los patronos —sean éstos particulares u oficiales— deben ser muy previsivos para evitar la ocurrencia de accidentes fatales que afecten la integridad y aún la vida de las personas que trabajan al servicio de los mismos; deben adoptar y establecer todas las normas y medidas de seguridad tendientes a evitar que por un descuido o una imprudencia se ocasionen daños en las personas y en los bienes. Cuando estas normas y medidas no se adoptan o cuando adoptadas no son suficientes y a consecuencia de ellas se ocasiona un daño, necesariamente se presenta una falla del servicio. Esto fue lo que ocurrió en el presente caso, pues, aunque la administración adoptó medidas tendientes a evitar accidentes, cuando se hicieran labores de mantenimiento en la iluminación de la pista del Aeropuerto El Dorado de Bogotá, la realidad es la de que aquellas no resultaron eficaces, por cuanto debido al descuido e imprudencia del personal encargado del control de los circuitos eléctricos se ocasionó la muerte de uno de sus servidores que precisamente adelantaba trabajos relacionados con ese mantenimiento'.
>
> "Lo anterior indica que la falla no se probó, se dedujo partiendo del supuesto que la muerte se produjo por descarga eléctrica. Los hechos que se dicen constituyeron la falla han debido quedar plenamente establecidos ya que de ellos se llega a la afirmación del daño.

"Tenemos pues que en el presente caso, se parte del supuesto —incierto— que la muerte se produjo por descarga eléctrica, para deducir que existió una falla del servicio. Se está pues presumiendo la falla del servicio y la relación de causalidad entre este primer elemento y el daño producido, lo que probatoriamente no es posible.

"En el proceso únicamente se logró establecer plenamente la muerte del señor Rincón y de ella no se puede concluir que existió falta del servicio ni que fue por esa supuesta falla que ocurrió la muerte.

"Se observa, que en los hechos de la demanda se dice que el señor Rincón al momento del accidente trabajaba en el sótano, no se menciona que estuviera acompañado de ninguna otra persona. No obstante lo anterior, el único testigo que declara, José Arévalo Bonilla, afirma haber estado trabajando con la víctima, no en el sótano como dice la demanda, sino en la pista.

"Como ya se dijo, en el expediente no existe la prueba científica sobre la causa u origen de la muerte del señor Rincón. Más aún la explicación que ofrece la sentencia, acogiendo el concepto fiscal, no tiene la procedencia que exije la ley pues por tratarse de un punto eminentemente técnico y que se relaciona con un aspecto desconocido para los profesionales del derecho, como es la medicina, era imprescindible el auxilio de peritos en la materia, lo anterior cobra mayor importancia por la ausencia de la autopsia. Esta prueba que desafortunadamente no se practicó ha debido cumplirse siquiera con un buen peritazgo médico.

"Debe destacarse, que la actividad procesal en este sentido fue muy escasa, pues fue el fiscal del Tribunal quien aportó la definición del término médico que aparece en el certificado de defunción; es también en el concepto donde aparece una breve explicación sobre las causas de la mencionada 'fibrilación ventricular'.

"Lo anterior no tiene ningún respaldo probatorio, ni mucho menos proviene de un concepto médico".

Para la Sala, la sentencia merece confirmación, con la precisión que adelante se hará en relación con el ordinal 5º, ya que el análisis probatorio hecho por el Tribunal en torno a los indicios es serio, razonado y concienzudo. Análisis que permite con certeza aceptar que el señor Rincón murió a causa de una sorpresiva descarga eléctrica, cuando se dedicaba a labores propias de su oficio y cuando alguien conectó de nuevo la energía que había cortado el operario mencionado para reparar las bombillas aledañas a la pista del aeropuerto El Dorado.

No hay duda de que en el presente caso la inferencia fue indiciaria, porque no se dio la prueba directa del hecho. Pero en parte alguna el derecho probatorio le da menos valor demostrativo al indicio que a la prueba directa. De aceptar la posición de la Fiscalía y la del DAAC, habría que concluir que la parte actora no sólo tenía que probar el hecho causa del perjuicio sino la no ocurrencia de culpa por parte de la entidad demandada.

Si todos los indicios estaban orientados, sin excepción, a mostrar como causa de la muerte la sorpresiva descarga eléctrica en momentos en que se cumplían labores de reparación, le incumbía al DAAC la carga de demostrar que otra había sido la causa. Y no lo hizo. De otra parte, afirmar que no hubo descarga eléctrica porque si esto se hubiera presentado la muerte habría sido instantánea, no es indicio necesario, porque la muerte por electrocución, cuando se trata de altos voltajes, no es siempre de ocurrencia inmediata. Tan cierto es esto que en muchos eventos el cuerpo que recibe la descarga sufre serias quemaduras formando una capa de carbón aislante y es repelido violentamente.

No encuentra, entonces, la Sala reparos a la decisión del *a quo* y sobra hacer otras reflexiones, porque las expuestas son más que suficientes para mantener el fallo.

No hay duda de que la muerte del señor Rincón produjo perjuicios a su cónyuge y a su hija menor; las cuales dependían en un todo del mencionado señor; perjuicios tanto materiales como morales.

Tampoco tiene objeción la Sala sobre esta condena. Y aunque podría pensarse que la relacionada con los perjuicios morales de la hija es un poco baja, nada puede hacer porque la demandante no apeló.

Así mismo está de acuerdo la Sala y esto corresponde a idea reiterada de la Corporación, que cuando un servidor público perece por fuera de los riesgos normales de su actividad, la acción de reparación es posible, así las personas damnificadas sean acreedoras a las indemnizaciones laborales por muerte del servidor.

No puede olvidarse que en este último evento, tales personas son causahabientes de esos derechos; mientras que en las acciones de reparación directa ese derecho está radicado, por regla general, en cabeza del damnificado, por el perjuicio que sufrió y no como sucesor del derecho de la víctima.

Lo precedente muestra cómo la pauta 7ª dada por el Tribunal, en forma demasiado vaga, en cuanto ordena descontar de la indemnización lo que hayan percibido los demandantes como consecuencia de los mismos hechos por parte de la nación, merecerá tal precisión, porque no podrá descontarse lo que laboralmente le correspondía al

señor Orlando Alfonso Rincón A., y que con su muerte quedó radicado en sus causahabientes.

Finalmente, se anota:

Siguiendo la jurisprudencia de la Sala, la condena por perjuicios morales, se entenderá en concreto y devengará intereses en la forma indicada en el artículo 177 *in fine*, a partir de la ejecutoria de este fallo. Pero para la condena en abstracto, deberá tenerse en cuenta la ejecutoria del proveído que la liquide.

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

Falla:

Confírmase la sentencia de abril 28 de 1988, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con la precisión señalada en la pauta 7ª para la liquidación de los perjuicios materiales y con la siguiente modificación en su ordinal 5º, el que quedará así:

5º Las sumas líquidas por concepto de perjuicios materiales, devengarán intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del proveído que los liquide y moratorios luego. La condena por perjuicios morales, que se entiende en concreto, devengará los mismos intereses, pero a partir de la ejecutoria de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 29 de septiembre de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/INDENMNIZACION LABORAL/INDEMNIZACION A FOR FAIT

Cuando un servidor público perece por fuera de los riesgos normales de su actividad, la acción de reparación es posible, así las personas damnificadas sean acreedoras a las indemnizaciones por muerte del servidor. No puede olvidarse que en este último evento, tales personas son causahabientes de esos derechos, mientras que en las acciones de reparación directa ese derecho está radicado, por regla general, en cabeza del damnificado, por el perjuicio que sufrió y no como sucesor del derecho de la víctima.

LIQUIDACION DE CONDENA-Ajuste de valor

El ajuste de valor para la liquidación de las condenas en las sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa deberá efectuarse en todos los casos con base en el índice de precios al consumidor o al por mayor. Sin embargo las cantidades resultantes de la liquidación de la parte demandante, serán los valores máximos que se deberán tener en cuenta en virtud del principio de la congruencia. La liquidación debe ser presentada por la parte favorecida y nunca por la condenada, la que si es una entidad pública ni siquiera podrá confesar.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 3484. Indemnizaciones. Actor: María del Socorro Ríos viuda de Zapata.

Se procede a liquidar en concreto los perjuicios materiales ordenados en la sentencia proferida en el proceso de la referencia.

Las bases de la condena:

"El perjuicio estuvo bien demostrado. Tanto la señora María del Socorro Ríos viuda de Zapata como sus hijos menores Mario Hernan-

do y Luz Marley Zapata Ríos, dependían económicamente de su cónyuge y padre, señor Víctor Hernando Zapata G. Esta circunstancia se desprende del acervo probatorio y muestra cómo el grupo familiar sufrió los perjuicios materiales consiguientes, así: la señora María del Socorro durante la vida probable de su cónyuge, si no hubiera muerto trágicamente; y sus hijos menores hasta la mayoridad.

"Siguiendo la orientación jurisprudencial, los damnificados dejaron de percibir mensualmente una cifra aproximada al 75% de lo devengado por Víctor Hernando, ya que se infiere gastaba el resto en su propio mantenimiento. De aquel porcentaje se estima que el 50% correspondíale a la cónyuge sobreviviente y el resto, a sus hijos, por iguales partes.

"Traducido lo anterior en cifras, resulta:
"Ultima asignación $ 11.568.00.
"25% propia subsistencia $ 2.892.00.
"50% del 75% para la cónyuge $ 4.338.00.
"50% para los dos hijos $ 4.338.00, o sea $ 2.169.00 para cada uno.

"También con sujeción a la jurisprudencia la indemnización corresponderá a dos períodos: el primero, o sea de indemnización vencida, desde el 31 de marzo de 1981 a la fecha probable de este fallo (11 de abril de 1985); y el segundo de esta fecha a la vida probable de la cónyuge y a la mayoridad de los hijos.

"La condena no podrá hacerse en concreto porque para efectos de su debida actualización deberá acreditarse la fluctuación de los índices de precios al consumidor, según certificación del DANE. En otros términos deberá establecerse cuál ha sido la fluctuación de $ 1.00 de 1981 (31 de marzo) hasta la fecha de esta providencia (11 de abril de 1985).

"La cifra así liquidada deberá sufrir el descuento de lo pagado por el Ministerio de Defensa".

Se considera:

El señor apoderado de los actores presenta una liquidación con base en las Unidades de Poder Adquisitivo Constante, fundamentado en que la fluctuación de ellas "afecta" el factor "i" de la fórmula de las matemáticas financieras, en cuanto a "i" es el interés técnico que consta de la suma de devaluación más un interés real o legal (fl. 8, cdno. 1-A).

La forma de concretar los perjuicios enunciados no podrá ser aceptada porque de acuerdo al artículo 178 del C. C. A., el ajuste de valor para la liquidación de las condenas en las sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa deberá efectuarse

en todos los casos con base en el "índice de precios al consumidor, o al por mayor". Sin embargo las cantidades resultantes de la liquidación de la parte demandante, serán los valores máximos que se deberán tener en cuenta en virtud del principio de la congruencia establecido en el artículo 305 del C. de P. C., aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.

En relación a la liquidación hecha por los expertos (fls. 61 a 63 cdno. 1-A), ella no siguió los lineamientos del fallo y además se encuentra desactualizada a la fecha, por lo que tampoco podrá estimarse.

La liquidación presentada por la apoderada de la Policía es a todas luces improcedente porque de acuerdo al artículo 308 del C. de P. C., en concordancia con el artículo 172 del C. C. A., aquélla deberá ser presentada por la parte favorecida y nunca por la condenada, la que si es una entidad pública ni siquiera podrá confesar.

Con fundamento en lo anterior la Sala procederá a efectuar la liquidación.

Perjuicios materiales de la señora María del Socorro Ríos.

En el cálculo de la indemnización se tendrá en cuenta los dos períodos a saber:

1. *Período vencido o consolidado.*

Renta mensual: $ 4.338.00 (fl. 278, cdno. 1).
Período: 48 meses. (Se tiene en cuenta la fecha de ocurrencia de los hechos o sea el 31 de marzo de 1981 y la fecha de la sentencia, o sea el 23 de abril de 1985).

La fórmula aplicable es: $S = Ra \times \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$

S es la suma que se busca.
Ra es la renta actualizada. Este ajuste se realizará teniendo en cuenta el último índice de precios suministrados por el DANE que obra en el expediente o sea el del mes de agosto de 1988.
i es el interés anual que es el 6% o el 0.467% mensual.

El factor de actualización será entonces:

$$\frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}} = \frac{778.68}{175.19} = 4.444774245$$

Haciendo los respectivos reemplazos en la fórmula tenemos:

$$S = 4338 \times 4.444774245 \times \frac{(1 + 0.004867)^{48} - 1}{0.004867}$$

$S = 19.281 \times 53.92310629$
$S = 1.039.691.41$
Suma a reconocer: $ 1.039.691.41.

2. *Indemnización futura.*

La fórmula a emplear será: $S = \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n} \times Ra$

En donde:

S es la suma a averiguar.
i es el interés que es el 6% anual o el 0.4867% mensual.
n = es el período de años que se obtendrá consultando las tablas de mortalidad aportadas, de acuerdo a la vida probable de la señora María del Socorro teniendo en cuenta su edad a la fecha de la sentencia que era de 25 años. O sea n = 48.24 años (fls. 267, cdno. 1; 4 y 46, cdno. 1-A).

Ra = es la renta actualizada que se obtiene dividiendo la indemnización debida por el número de meses que se liquidaron como indemnización vencida.

Se tiene que $Ra = \frac{1'039.091.41}{48} = \$ 21.660.23$ mensual $ 259.922.76 anual.

Haciendo los respectivos reemplazos en la fórmula se tiene:

$S = \frac{(1 + 0.06)^{48.24} - 1}{0.06(1 + 0.06)^{48.24}} \times 259.922.76$

$S = \$ 4'071.467.77$

Suma a reconocer como indemnización futura $ 4'071.467.77.

Perjuicios materiales para Luz Marley Zapata Ríos.

1. *Período vencido o consolidado.*

Renta = $ 2.169, mensuales (fl. 278, cdno. 1).
Período = 48 meses.
Fórmula = $\frac{Ra \times (1 + i)^n - 1}{i}$

$S = 4.444774245 \times 2,169 \times \frac{(1 + 0.004867)^{48} - 1}{0.004867}$

$S = 9.640.71 \times 53.92310629$
$S = \$ 519.857.03$
Suma a reconocer como indemnización vencida $ 519.857.03

2. *Indemnización futura.*

Ra = $ 10.830.35

n = 53 meses (se calcula teniendo en cuenta la fecha del fallo y la de la mayoridad de Luz Marley (fl. 3, cdno. 1; fl. 267. cdno. 1).

$$\text{Fórmula } S = \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n} \times Ra$$

$$S = \frac{(1 + 0.004867)^{53} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{53}} \times 10.830.35$$

S = $ 483.897.34

La suma a reconocer por indemnización futura será $ 483.897.34.

Perjuicios materiales para Mario Hernando Zapata Ríos.

1. *Indemnización vencida o consolidada.*

Será la misma que para su hermana Luz Marley o sea $ 483.897.34.

2. *Indemnización futura.*

Ra = $ 10.830.35.

n = 107 meses (se calcula teniendo en cuenta la fecha del fallo y la de la mayoridad de Mario Hernando (fls. 4 y 267, cdno. 1).

$$\text{Fórmula } S = \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n} \times Ra$$

$$S = \frac{(1 + 0.004867)^{107} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{107}} \times 10.830.35$$

S = 83.25161582 × 10.830.35

S = 901.644.13

La suma a reconocer por indemnización futura $ 901.644.13.

La sentencia ordenó descontar "el reconocimiento pecuniario hecho a favor de la viuda por la misma demandada" (fl. 279, num. 3, cdno. 1).

Como la orden dada es demasiado vaga, la Sala interpreta este extremo con apoyo en la jurisprudencia elaborada en caso similar (sentencia octubre 5 de 1989, providencia núm. 5463 Olga Deyanira Ardila de R.). Allí se sostuvo:

> "Así mismo está de acuerdo la Sala y esto corresponde a idea reiterada de la corporación, que cuando un servidor público perece por fuera de los riesgos normales de su actividad, la acción de reparación es posible, así las personas damnificadas sean acreedoras a las indemnizaciones laborales por muerte del servidor.

"No puede olvidarse que en este último evento, tales personas son causahabientes de esos derechos; mientras que en las acciones de reparación directa ese derecho está radicado, por regla general, en cabeza del damnificado, por el perjuicio que sufrió y no como sucesor del derecho de la víctima.

"Lo precedente muestra cómo la pauta 7ª dada por el Tribunal, en forma demasiado vaga, en cuanto ordena descontar de la indemnización lo que hayan percibido los demandantes como consecuencia de los mismos hechos por parte de la nación, merecerá tal precisión, porque no podrá descontarse lo que laboralmente le correspondía al señor Orlando Alfonso Rincón A., y que con su muerte quedó radicado en sus causahabientes".

Aplicada la tesis precedente resulta que en el caso aquí estudiado únicamente deberá deducirse de la indemnización el reconocimiento efectuado por el hecho de la muerte o sea $ 416.477.88 (Resolución 2826 de 4 de junio de 1982 del Ministerio de Defensa, a fl. 59, cdno. 1-A) y no el declarado por concepto de cesantía y pensión a favor de la viuda e hijos que son consecuencia de la relación laboral estatutaria que unía a la víctima con la administración. La indicada cifra deberá descontarse de la siguiente manera: 50% de la indemnización correspondiente a la señora María del Socorro Ríos y el otro 50% por partes iguales, a los dos hijos. Se procede así porque el reconocimiento se hizo no sólo a favor de la viuda sino de sus hijos y a aquélla, en principio, le corresponde la mitad de los bienes de su marido.

En este orden de ideas, la liquidación quedará así:

Liquidación de la señora María del Socorro Ríos

Indemnización vencida	$ 1.039.691.41
Indemnización futura	$ 4.071.467.77
	$ 5.111.159.18
MENOS reconocimiento previo	208.238.94
Suma a pagar	$ 4.902.920.24

Liquidación de Luz Marley Zapata Ríos

Indemnización vencida	$ 519.857.03
Indemnización futura	483.897.34
	$ 1.003.754.37
MENOS reconocimiento previo	104.119.47
Suma a pagar	$ 899.634.90

Liquidación de Mario Hernando Zapata Ríos

Indemnización vencida	$ 483.897.34
Indemnización futura	$ 901.644.13
	$ 1.385.541.47
MENOS reconocimiento previo	$ 104.119.47
Suma a pagar	$ 1.281.422.00

En mérito de lo expuesto,

Se resuelve:

Liquídase la condena a perjuicios materiales proferida en el proceso de la referencia. Por lo tanto la Nación —Ministerio de Defensa— Policía Nacional pagará las sumas previstas en la parte motiva, a las personas que a continuación se detallan:

A María del Socorro Ríos viuda de Zapata: Cuatro millones novecientos dos mil novecientos veinte pesos con veinticuatro centavos ($ 4.902.920.24).

A Luz Marley Zapata Ríos: Ochocientos noventa y nueve mil seiscientos treinta y cuatro pesos con noventa centavos ($ 899.634.90).

A Mario Hernando Zapata Ríos: Un millón doscientos ochenta y un mil cuatrocientos veintidós pesos con 00/100 ($ 1.281.422.00).

Las anteriores cantidades pagarán intereses en los casos previstos en el numeral 3º de la sentencia que se liquida (fl. 280. cdno. 1).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 5 de octubre de 1989.

REITERACION JURISPRUDENCIAL. Sentencia, septiembre 29 de 1989, (Exp. 5463).

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

DERECHO DE DOMINIO/INMUEBLES/LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA/CARGA DE LA PRUEBA

Quien invoque ser el propietario de un inmueble, para derivar de este derecho alguna pretensión, sólo tiene que demostrar el título por el cual adquirió y que se le hizo la tradición y si el demandado pone en duda esa calidad, es él quien tiene la carga de demostrar su afirmación, lo que logrará mediante el certificado actualizado de la Oficina de Registro, en el cual conste que el actor ya no es propietario.

COMUNIDAD/DERECHO DEL COMUNERO/LEGITIMACION PROCESAL

La falta de individualización en la cosa común del derecho del comunero, no justifica un fallo inhibitorio, pues de acuerdo con el inciso 2º del artículo 22 de la Ley 95 de 1890 el comunero puede ser parte actora o demandada para todo lo relativo a su derecho.

DAÑO-Contenido

El contenido del daño indemnizable será el que exista al momento del juzgamiento, es decir, el responsable estará obligado a pagar todo el perjuicio causado por su conducta a la hora de proferirse sentencia condenatoria.

PERJUICIOS A BIENES

Tratándose de daño a las cosas, ese dolor o tristeza debe tener envergadura suficiente como para justificarse su reparación y en todo caso debe ser demostrado, pues no se presume.

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

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5320. Actor: Martha Cecilia Klinker de Jaramillo.

Conoce la Sala por vía de apelación de la sentencia de 5 de febrero de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en la cual se dijo que se denegaba una de las pretensiones de la demanda y se declaraba inhibido en cuanto a la otra (fls. 159 a 167). El recurso fue interpuesto por la parte actora.

I. *Antecedentes:*

1º La señora Marta Cecilia Klinker de Jaramillo solicitó que se declarara que las Empresas Públicas de Medellín "por falla en el servicio son responsables de los perjuicios sufridos" por aquélla y que en consecuencia se condenara al citado establecimiento público a pagarle los perjuicios materiales y morales ocasionados, los intereses de las sumas deducidas como perjuicios, con el correspondiente reajuste de tales valores.

2º La falla del servicio se hace consistir en que la entidad demandada construyó una carretera en inmediaciones del lote de terreno y casa de habitación en él construida, donde vive en compañía de su esposo e hijos, derivándose de esta obra un daño en la calidad del agua que circula por el acueducto construido por la denominada —*Parcelación Villarroca*—, de la cual hace parte el inmueble de la actora.

Dicho acueducto y algunas zonas de la Parcelación constituyen propiedad común de los propietarios de parcelas en la zona destinada al dominio particular dentro del reglamento de la citada parcelación (Esc. 739 de 28 de febrero de 1978, Notaría Quinta de Medellín, fls. 49 a 90).

La actora alega que la anotada falla del servicio, al hacer inservible el agua la ha llevado a tener que adquirir agua potable de un tercer proveedor y transportarla al lugar de consumo, ha desvalorizado el bien de su propiedad y le creó angustia (daño moral), como madre de cinco menores "ante la necesidad de agua limpia" y no existir ésta.

3º Como bien lo sintetiza el colaborador fiscal de esta Corporación.

"El asunto fue decidido, por mayoría, con fallo inhibitorio que profirió el Tribunal Administrativo de Antioquia con base en dos consideraciones fundamentales.

"a) Que la red de acueducto es comunitaria y toda comunidad es indivisa, de suerte que la acción tenía que ejercerse a nombre o en representación de la comunidad, esto es, de todos los comuneros, en tanto que en el presente caso la ejerció por sí y para sí uno solo de los comuneros, a quien falta por esto legitimación en la causa por falta de integración de litisconsorcio activo necesario.

"b) Que la actora acreditó, con copia de la escritura pública registrada, haber adquirido el inmueble en el año de 1979, pero no

probó haber sido su propietaria al momento de instaurar la demanda, ya que no aportó el certificado del registrador sobre la vigencia de su derecho de dominio inscrito. Por este aspecto, pues, falla la prueba de un elemento necesario para el éxito de la pretensión indemnizatoria.

"Las dos premisas anteriores explican la decisión dual del Tribunal de una parte, fallo inhibitorio frente a la 'pretensión relativa al servicio de acueducto', y, de la otra, negación de lo pedido en torno 'al inmueble de propiedad de la demandante'.

"A la anterior sentencia se presentó un salvamento de voto —que había sido la ponencia original—, para el cual el fallo debía ser de mérito y condenatorio en concreto, aunque denegando algunas pretensiones que, en su concepto, no fueron probadas, tales como las de la compra y acarreo de agua durante largo tiempo, cuya cuantía no se estableció" (fls. 193 y 194).

4º La actora, como se dijo, apeló del fallo y al sustentarlo (fls. 179 a 181), rebate el argumento relativo a que debió pedir para la comunidad diciendo que sufrió un daño individual y concreto debido a la falla del servicio puesto que tenía derecho a utilizar el agua, que "le ha sido cercenado o entrabado o limitado" por la polución del acueducto y agrega que éste es un bien de uso común y no una comunidad como lo entiende la sentencia. Y en cuanto a la tesis de prueba de su derecho de propiedad alega que al proceso "se arrimó copia auténtica de la escritura de compra-venta 5383 de diciembre 21 de 1978 por medio del cual la demandante compra a Ingeniobras, Notaría Quinto (sic) de Medellín, y al final dicho documento tiene el respectivo sella (sic) de registro...", "pero nada impide que aporte como lo haré el certificado que la sentencia echa de menos, a fin de que se tenga como prueba en segunda instancia" (lo que efectivamente hizo con el memorial sustentatorio del recurso).

Finalmente pide, que, como lo predica el salvamento de voto, se declare "el derecho indemnizatorio reclamado" pero condenando en concreto, al pago de los perjuicios pues "en el proceso hay elementos de juicio que lo permiten", sobre lo cual hace varias consideraciones.

5º El apoderado de la entidad pública demandada, en su alegato de instancia, defiende el sustento del fallo apelado, en sus dos consideraciones sobre que ha debido pretender para la comunidad y sobre la ausencia de prueba de ser propietaria actual "de uno de los inmuebles que conforman la Parcelación Villa Roca (sic)". Agrega que en caso de que la Corporación no comparta la decisión adoptada se tenga en cuenta su alegato de conclusión durante la primera instancia en el cual "analiza la responsabilidad de la entidad demandada y se demuestra que el perjuicio que se alega para las aguas de la parcelación no son causados exclusivamente por la construcción de la carretera hecha por las Empresas Públicas de Medellín, sino que existen otros factores determinantes como son las aguas lluvias del sector",

como, en su concepto, se deduce de las pruebas recaudadas en el proceso, las cuales, además, muestran que "el efecto de la construcción de la carretera sobre las corrientes de agua, es temporal mientras se produce el afirmado de la tierra movida, fenómeno que ya concluyó", por lo cual, si se reconoce "el perjuicio temporal" no se debe admitir "la desvaloración (sic) del inmueble".

6º El colaborador fiscal de la Sala considera que la actora no tenía que pedir para la comunidad sino para ella pues reclama por un daño ocasionado a un bien suyo, pero sostiene que la escritura pública registrada acredita que la demandante adquirió el inmueble en un momento dado pero no que conservaba ese derecho al momento de demandar y la "prueba aducida a última hora en este sentido por el señor apoderado de la actora no puede considerarse porque resulta violatoria de todas las reglas sobre legalidad, oportunidad y publicidad de las pruebas, así como violatorio (sic) del principio de lealtad de las partes" por lo cual concluye que "Faltando un presupuesto esencial para el éxito de una pretensión indemnizatoria que depende de la calidad de dueño de la cosa, no es necesario examinar las otras exigencias legales (falta de servicio, existencia del daño y nexo de causalidad entre aquélla y éste). La base de la pretensión no ha sido demostrada por el actor, tal como debía haberla demostrado, y por tanto el demandado debe ser absuelto".

II. *Consideraciones:*

1º Es cierto como lo dice la fiscalía, que la actora fundó sus pretensiones en su calidad de propietaria del bien afectado "por la falta de agua o contaminación de agua que surte la vivienda de la demandante" y por la desvalorización del inmueble de su propiedad, a consecuencia de la falla del servicio en que alega incurrió la entidad pública demandada.

2º También es cierto, entonces, que le correspondía demostrar tal calidad de propietaria pero, al contrario de como lo piensa el *a quo*, para la Sala sí probó la actora su derecho de propiedad sobre el inmueble afectado con el daño a las aguas que lo sirven. En efecto, presentó copia notarial de la escritura pública de adquisición (art. 1857, C.C.) y que se le hizo su tradición (art. 756, *ib*), pues dicho documento aparece con la nota de registro correspondiente en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Girardota (Antioquia).

La Sala no comparte la tesis del *a quo* según la cual la actora debía, además, comprobar que en el momento de promover el presente proceso todavía ostentaba su calidad de dueña mediante certificado actualizado de la misma Oficina de Registro.

Para la Sala, quien invoque ser el propietario de un inmueble, para derivar de este derecho alguna pretensión, sólo tiene que demos-

trar el título por el cual adquirió y que se le hizo la tradición y si el demandado pone en duda esa calidad, es él quien tiene la carga de demostrar su afirmación, lo que logrará mediante el certificado actualizado de la Oficina de Registro, en el cual conste que el actor ya no es propietario.

Ninguna norma, ni del Código Civil, ni del de Procedimiento Civil, ni del Decreto 1250 de 1970, ni en general de cualquier otro estatuto, le impone al que alega ser propietario de un inmueble, la carga de llevar al proceso el mencionado certificado. Lo único que exige el artículo 256 del estatuto procesal es que "cuando la ley exija la inscripción de un documento en un registro público, la copia que se aduzca como prueba deberá llevar la nota de haberse efectuado aquélla..."

Demostrado por el actor el derecho de dominio mediante el título y el modo, al demandado le correspondería demostrar que se extinguió en cabeza de aquél, si es que desea deducir de este hecho consecuencias en su favor (*actori incumbt probatio reus in excipiendo fit actor*).

Finalmente, debe anotarse que nunca, en la práctica, sería posible para el propietario aportar con la demanda un certificado debidamente actualizado, pues siempre habrá transcurrido un plazo más o menos largo entre el momento de su solicitud a la respectiva Oficina de Registro, la fecha de su expedición por ésta, el momento de la presentación de la demanda y el fallo de ésta, lapsos durante los cuales podrá variar la calidad de propietario, de donde lo único lógico es que sea quien alegue la extinción del derecho el que demuestre esta circunstancia si desea enervar los derechos que el dicho propietario pretenda derivar de su calidad de tal.

3º En cuanto a la tesis del *a quo*, que le sirvió de fundamento para declararse inhibido "para resolver de fondo sobre la pretensión relativa al servicio de acueducto", porque, según él, la red de acueducto es comunitaria, la comunidad es indivisa y, por consiguiente, la demandada no podía "reclamar con fundamento en 'su parte' del acueducto, por que su derecho no ha sido *individualizado*" (subraya del fallo), bastaría, para refutarla acoger, como lo hace la Sala, lo dicho por el señor Fiscal Séptimo en su concepto de instancia, así. "En este aspecto, la actora no reclama nada que le corresponda a la comunidad ni tiene por qué pedir por ella o para ella, pues no se trata de un daño ocasionado en un bien de uso común, a cuya reparación tendrían derecho proindiviso los comuneros, sino que se trata exclusivamente del daño ocasionado a uno de los bienes de dominio privado y exclusivo en un conjunto de propiedad horizontal. En este caso, pues, la titularidad es privativa de cada propietario y de cada uno depende si reclama o no sus derechos, si hace valer o no sus pretensiones. El copropietario que invoca daños o depreciaciones causados en su parte de dominio particular, no tiene por qué, estar so-

metido a la regla de reclamar para la comunidad, aunque precisamente el daño haya penetrado a sus dominios por la red de acueducto, que es un bien de uso común. La actora no alega un daño en su propio apartamento ocasionado por un mal servicio de acueducto en este mismo apartamento" (fls. 196 y 197).

Pero, por vía de doctrina, la Corporación desea poner de presente que, en todo caso, la falta de individualización en la cosa común del derecho del comunero tampoco justificaría un fallo inhibitorio como el de que trata el numeral primero de la parte resolutiva de la providencia recurrida, pues, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 22 de la Ley 95 de 1890 el comunero puede ser parte actora o demandada para todo lo relativo a su derecho.

4º Ahora bien, atrás se vio que la propietaria del inmueble localizado dentro de la llamada "Parcelación Villarroca" alegó haber sido perjudicada por la entidad demandada debido a la construcción de una carretera en sus inmediaciones, pues la obra, por la forma como fue construida ha dado lugar a que se contamine el agua de la cual se proveé dicho inmueble, lo cual la obligó a tener que aprovisionarse de agua potable para el servicio suyo y de su familia, incurriendo en gastos que no hubiera tenido que efectuar de no haber sido por la conducta de la demanda.

Para la Sala, durante el proceso se acreditó tal circunstancia, como lo demuestra la inspección judicial practicada (fls. 91 a 94) y las declaraciones de los señores José Ramiro Arango Maya (fls. 29 a 31) y Evelio Ciro Ciro (fls. 31 a 34).

En peritación practicada a instancias de la actora (fls. 104 a 105 y 126 a 128) se cuantificaron los perjuicios consistentes en los gastos realizados para obtener agua pura que reemplazara a la contaminada por acción de la demanda así:

Media jornada diaria de labor del trabajador mayordomo del inmueble, dedicada al transporte de agua pura, durante los años de 1984 y 1985 "ya que la contaminación se inició en diciembre de 1983, partiendo de un salario mínimo de $ 11.298 en el primer año y de $ 13.557 en el segundo y multiplicando cada cifra por 14 que según los peritos era el número de sueldos que ganaba al año "un mes de cesantías y otro de prima", todo para un total de $ 173.992.00.

En seguida los peritos calcularon el valor de tres botellones con "agua cristal" a razón de $ 1.320.00 cada uno, como gasto de la primera semana y para las siguientes tres semanas del mes tomaron un valor de $ 110.00 de agua por cada botellón. Sumadas estas partidas se multiplicaron por 12 meses, lo que dio un total de $ 59.400.00.

Para el segundo año, el valor del líquido se estimó en 120 botellón, el cual se multiplicó por 3 botellones a la semana, lo cual dio un gasto total en agua de $ 17.280.00, durante el año de 1985.

Un error se percibe fácilmente en este esperticio, a saber:

En el cálculo de gastos por el año de 1984 se asumió que la propietaria cada semana no sólo compró el agua sino nuevos botellones, cuando en el año de 1985 sólo aparece comprando el agua para tres botellones por semana. En realidad lo que sucedió en 1984 es que la primera semana tuvo que adquirir los primeros tres botellones (a razón de $ 1.320.00 cada uno) y en las subsiguientes sólo el agua, a razón de $ 110.00 por cada botellón, lo cual daría:

En la primera semana de enero de 1984 ($ 1.320 x 3)	$ 3.960
En las tres semanas subsiguientes ($ 110 x 3 x 3)	990
En los 11 meses subsiguientes (110 x 3 semanas x 4 cada mes, en 11 meses)	$ 14.520
Total:	19.470
Y en 1985	17.280
Total	$ 36.750

Este total es pues, lo gastado por la actora en compra de agua cristal, durante los años de 1984 y 1985.

Y en salarios del mayordomo, por el tiempo que tuvo que dedicar tanto al transporte de "agua cristal" como de la que tenía que tomar del aljibe, se tendrá en cuenta la cantidad de $ 173.992.00, para un gran total, entonces, de $ 210.742.00.

Podrá observarse, por la descripción hecha de la peritación, que los expertos, cuyas calidades técnicas se desconocen, porque ni hay constancia de su profesión, ni ellos las explican en su dictamen, únicamente calcularon los gastos incurridos por la actora, en proveerse de agua potable, durante los años de 1984 y 1985, que fue el año durante el cual se inició este proceso, pero sin que exista ninguna prueba sobre la continuación o no, con posterioridad al mismo año, de los perjuicios en cuestión; algo muy posible, pues, el mismo ingeniero de la entidad demandada, que desempeñó el cargo de interventor de la carretera, cuya ejecución ha sido la causa eficiente del daño en el agua que surte el acueducto de la parcelación y, por consiguiente, de la que se usa en el inmueble de la actora, está de acuerdo en que la contaminación se produce por los derrumbes que bajan a la vertiente de la quebrada que recoge el agua, debido a los taludes cortados para dar paso a la vía construida. El mismo ingeniero, señor Jorge Enrique Ruiz Díaz aun cuando asevera que para el momento de su declaración ya la demandada no había vuelto a recibir quejas de contaminación del agua por parte de los habitantes de la Parcelación Villarroca, reconoce que el arrastre de los materiales extraídos para dicha construcción, a la quebrada, durante las épocas de invierno

irían disminuyendo a medida que el terreno se cubriera de vegetación (fls. 37 a 44).

El mayordomo de la propiedad de la actora, señor Evelio Ciro Ciro, a su vez, sostuvo que a principios de septiembre de 1985, subsistía el problema de contaminación durante las épocas de lluvia (fls. 31 a 35).

Y el testigo señor José Ramiro Arango Maya "administrador del Agua (sic) de Villa Roca (sic)", declaró que para la misma época subsistía el citado problema.

Teniendo en cuenta lo anterior y como en casos como el presente, la indemnización debe comprender el monto de los perjuicios causados hasta la fecha de la sentencia que ordene su pago, se condenará a su reconocimiento en abstracto, a fin de que en el incidente liquidatorio se cuantifiquen con base en las siguientes pautas:

a) Para los años de 1984 y 1985 se tendrá en cuenta el monto de $ 210.742.00 atrás indicado.

b) Para los años subsiguientes y hasta la fecha de esta providencia, se tendrán en cuenta las facturas auténticas que presente las relativas a compra de agua a la empresa de quien se dijo adquirirlas (fl. 8) actora con la liquidación de que trata el artículo 308 del C. de P. C., así como del acarreo del agua pura hasta el lugar de su consumo (casa en la Parcelación, de propiedad de la misma actora). O los recibos de pago del salario al empleado que haya tenido que dedicar a este menester, tomando únicamente la proporción del tiempo dedicado a éste, el que se demostrará en debida forma, tomando en cuenta que la adquisición de agua y su transporte han disminuido en cantidad o periodicidad, según las pruebas descritas más arriba.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina están de acuerdo en que "el contenido del daño indemnizable será el que exista al momento del juzgamiento, es decir, el responsable estará obligado a pagar todo el perjuicio causado por su conducta a la hora de proferirse sentencia condenatoria", como bien lo expresa el tratadista Javier Tamayo Jaramillo (De la Responsabilidad Civil, Tomo II, núm. 138, Ed. Temis, Bogotá, 1986), en igual sentido, A. Alessandri Rodríguez, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil, núm. 475, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1981).

5º La actora estimó que la contaminación del agua del acueducto desvalorizó el inmueble de su propiedad que pretendió vender en la suma de $ 15.000.000.00 y que solamente tuvo dos propuestas "para pagar un precio que no sobrepasa los $ 8.000.000.00, todo ello, por la falta de agua" (Hecho 10, de la demanda, fl. 9).

Un solo testigo depuso sobre el particular. El señor Bernardo Betancur Mejía (fls. 45 a 48, dijo ser "negociante en finca raíz"), haber

visitado la propiedad de la actora cuando leyó el aviso de venta en un peródico, haber ofrecido por ella $ 9.000.000.00, pero "entonces no llegamos a ningún acuerdo por motivo de que cuando yo fui allá, las aguas eran buenas y luego ya no servían y entonces se nos dañó el negocio".

La veracidad de esta declaración ofrece muy serios motivos de duda porque en primer lugar no fue preciso en cuanto a la extensión del inmueble que pretendía comprar, pues dijo creer que era de cuatro o cinco cuadras, cuando en realidad tiene 7.200 metros cuadrados, expresó que no la había recorrido, ya que desconoce cuál era el valor de la cuadra "en esa urbanización"; y en segundo lugar, porque la oferta de compra por $ 9.000.000.00 la hizo aproximadamente en diciembre de 1984, luego de haber visitado la propiedad en octubre o noviembre, cuando vio las aguas limpias y que luego desistió porque éstas ya no servían, lo cual carece de asidero con la realidad, ya que como se estableció durante el proceso, el problema con las aguas se inició a fines de 1983 y persistía un año después, además de no ser creíble que un comprador ofrezca comprar por un valor determinado una propiedad de la cual desconociera su extensión y el valor comercial del terreno en el lugar en donde pretendía adquirirla, especialmente tratándose de "un negociante con finca raíz", como dijo serlo.

De otra parte, los peritos en su primer concepto avaluaron el bien (con terrenos y construcción) en $ 12.050.000.00 y estimaron que el problema del agua, para toda la urbanización podía solucionarse con la construcción de una instalación para purificación cuyo valor de costo "oscila entre $ 1.300.000.00 a $ 1.500.000.00" (fls. 108 y 109) y luego en la aclaración y complementación a su dictamen calcularon que el valor del bien era de $ 14.550.000.00 (por haber incluido "otras mejoras" y expresaron que "La única forma que tenemos para calcular la desvalorización son los ofrecimientos hechos por los expertos en propiedad raíz cuando la finca tenía agua pura y en las condiciones actuales", por lo cual concluyeron en que debían "trabajar" con un 30 de desvalorización", lo cual carece de toda base técnica pues ya se vio que no se comprobó, si ello fuere cierto, sino una oferta de compra (cuya veracidad es dudosa, como arriba se anotó); ninguna razón técnica se dio para tomar el porcentaje de 30%, y, finalmente, cómo podría explicarse esa tasa de desvalorización, cuando la obra para solucionar el problema del agua contaminada, no sólo para la propiedad de la actora, sino para todas las demás de la Parcelación, apenas tendría un valor de "$ 1.300.000.00 a $ 1.500.000.00"?

Todo lo anterior lleva a la Sala a concluir que no existe ninguna prueba, dentro del proceso, que permita deducir ni aún en abstracto, que por razón de la contaminación del agua, producida por la obra construida por la entidad demandada, se hubiera desvalorizado el bien inmueble, propiedad de la actora.

Por lo demás, no podrá la Sala pronunciarse sobre la viabilidad de condenar a la ejecución de la obra que soluciona en forma permanente el problema de la contaminación del agua del acueducto, pues ya se vio que éste pertenece a una comunidad que no es parte en el proceso.

6º El *a quo* con falta de técnica se declaró inhibido sobre "la pretensión relativa al servicio de acueducto", por considerar, como se vio, que éste pertenece a una comunidad. Se dice que con falta de técnica pues la actora en ninguna parte de su demanda, expresó que demandaba para la comunidad y, por el contrario, fue clara en manifestar que ejercitaba su pretensión en su calidad de dueña del inmueble que es servido por el acueducto cuya agua se contaminó por acción de la entidad demandada.

Pero lo anterior, lógicamente, no es suficiente para poder condenar al pago de perjuicios a la comunidad y sólo podrá hacerse a favor de quien está reclamando los que a ella se ocasionaron, sobre cuya causa y certidumbre se han hecho las consideraciones precedentes.

7º La actora alega que se le infirieron también perjuicios morales por causa de la obra construida y el consecuencial daño en el agua, con la angustia de no poder atender debidamente a las necesidades de sus hijos, entre ellos tres recién nacidos.

Es cierto que dentro de los perjuicios indemnizables se comprenden los morales, entendiendo por éstos el dolor y la tristeza que el hecho dañoso ocasiona a quien sufre el daño, pero también aquí tanto la jurisprudencia como la doctrina están acordes en que tratándose de daño a las cosas ese dolor o tristeza debe tener envergadura suficiente como para justificarse su reparación y que en todo caso debe ser demostrado, pues no se presume. Y en este proceso la prueba de haberse sufrido tal clase de daño no existe, ni en cuanto a su certidumbre ni en cuanto a su intensidad, por lo cual la Sala, no accederá a la pretensión de la actora, por este aspecto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en desacuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, de fecha 5 de febrero de 1988, proferida dentro del proceso de la referencia y, en su lugar, dispone:

a) Declárase administrativamente responsable al establecimiento público denominado Empresas Públicas de Medellín por la contami-

nación del agua de que se sirve el inmueble de propiedad de la actora, señora Marta Cecilia Klinker de Jaramillo, a consecuencia de las obras realizadas con ocasión de la construcción de la carretera que conduce a la Central Hidroeléctrica de Niquía, obras llevadas a cabo entre el mes de mayo de 1983 y el mes de marzo de 1985.

b) En consecuencia, condénase al citado establecimiento público a pagar a la señora Marta Cecilia Klinker de Jaramillo los perjuicios materiales que se le causaron, consistentes en los gastos en que ha incurrido para proveerse de agua potable. Esta condena se hace en abstracto y se liquidará siguiendo el procedimiento de que trata el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y atendiendo las pautas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

c) No se accede a las restantes súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 5 de octubre de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo*, ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/INDEMNIZACION LABORAL/PRESTACIONES SOCIALES/INDEMNIZACION A FOR FAIT

La Sala ha venido ordenando, sin una adecuada precisión, el descuento de las prestaciones sociales y las indemnizaciones de tipo laboral; olvidando que éstas tienen como causa una relación jurídica distinta al motivo que respalda la indemnización de perjuicios extracontractuales que obedece a una normatividad diferente. Por lo tanto, teniendo en cuenta las causalidades propias de unas y otras, las dos indemnizaciones son compatibles y por lo tanto el reconocimiento deberá ser pleno.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5275. Indemnizaciones. Actor: Edelberto Portilla Zambrano.

Se procede a desatar el recurso de apelación propuesto por el señor apoderado del actor contra la sentencia de enero 18 de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

El petitum:

Las peticiones de la demanda son:

"1ª El Departamento de Nariño, representado por el señor gobernador del departamento, es civilmente responsable de la muerte del joven Edgar Humberto Portilla Rivera, fallecido en accidente de trabajo el 27 de marzo de 1987 en el corregimiento de El Espino, Municipio de Sapuyes, y, por lo tanto, debe indemnizar los perjuicios materiales y morales que ocasionó a sus padres esa muerte.

"2ª Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Departamento de Nariño a pagar a favor de mi

poderdante, Edelberto Portilla Zambrano, como indemnización de perjuicios materiales, las siguientes sumas:

"a) Por concepto de sueldos dejados de percibir en tres meses posteriores a la muerte, con un promedio mensual de $ 25.671.00 ...$ 77.013.00.

"b) Por concepto de apoyo económico que dejará de percibir su padre dentro de un promedio de vida laboral del occiso (32 años hasta cumplir edad para jubilación), con el mismo salario anteriormente promediado ...$ 9.780.651.00.

"3ª Condénase, igualmente, al Departamento de Nariño a pagar a favor de Edelberto Portilla como indemnización de perjuicios morales lo siguiente:

"4.000 gramos oro, disponiendo que la conversión a moneda nacional colombiana se haga por los trámites señalados en el artículo 308 del C. de P. C.".

Los hechos:

Los hechos narrados en la demanda se sintetizan así:

1. El señor Edgar Humberto Portilla Rivera trabajaba como obrero adscrito a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Nariño, en el empleo de ayudante de cargador, desde el 17 de julio de 1986.

2. El día 27 de marzo de 1987, encontrándose el señor Portilla de servicio en el sitio El Espino, municipio de Guaitarilla, Departamento de Nariño, falleció instantáneamente a consecuencia de las lesiones producidas por el cargador Fiat-Allis 1400 AS, número 6, operado por el señor Alvaro Mera Arteaga, empleado también adscrito a la Secretaría de Obras Públicas de Nariño.

3. El señor Alvaro Mera Arteaga no portaba, por no ser titular, licencia para manejar esa clase de maquinaria pesada y ni siquiera poseía pase para conducir vehículos livianos, hecho conocido por la Secretaría de Obras Públicas de Nariño.

4. Además, el señor Mera Arteaga se hallaba en completo estado de embriaguez, pues todo indica que estuvo consumiendo licor desde la noche anterior.

5. El señor Alvaro Mera Arteaga se hallaba vinculado al departamento desde el 31 de enero de 1977, según Decreto número 074 del mismo año.

6. El señor Portilla Rivera tenía en el momento de su fallecimiento 23 años de edad, faltándole 32 para gozar de su pensión de jubilación, situación que sirve de base para fijar los perjuicios materiales.

7. Según el promedio de sueldos devengados por Humberto Portilla Rivera en los últimos tres meses se ha tomado el promedio de $ 25.671, para realizar las operaciones relacionadas con la indemnización por daños materiales.

8. La pérdida de un hijo es irreparable pero la compensación en dinero busca reparar el perjuicio causado por lo cual se exige al Departamento de Nariño la indemnización por el daño moral y material.

La sentencia de primera instancia:

El Tribunal Administrativo de Nariño denegó las súplicas de la demanda fundamentado en que no se probó la falla en el servicio, ya que no existe en el plenario ningún elemento de convicción que acredite que "el cargador Fiat-Allis 1400 AS número 6, operado por Alvaro Mera Arteaga, haya ocasionado la muerte del señor Portilla, causándole las lesiones que hemos dado cuenta" (fl. 79, cdno. 1).

El fundamento de la impugnación:

El apoderado del actor sostiene que la sentencia no se ajustó a la realidad procesal por las siguientes razones:

1. En el expediente existe la prueba suficiente que demuestra que un agente del Departamento de Nariño fue el sujeto activo del accidente y además la parte demandada no demostró ninguno de los eximentes de la responsabilidad.

2. La copia de la investigación criminal, que no pudo ser arrimada oportunamente al proceso por carecer el juzgado de instrucción de los medios para hacer la respectiva reproducción, demuestra que sí hubo vinculación entre el conductor del cargador Fiat-Allis número 6 de propiedad del Departamento de Nariño y el accidente que le costó la vida al joven Portilla Rivera.

3. En la diligencia de recepción de testimonios el apoderado de la gobernación nunca negó el hecho del accidente.

4. En el plenario aparecen debidamente probados los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual de la administración o sea la falta o falla, el daño y el nexo de causalidad (fls. 86 a 88, cdno. 1).

El alegato de la demanda:

El señor apoderado del Departamento de Nariño se opone a la prosperidad del recurso por las siguientes razones:

1. No existe prueba en el expediente de la falla del servicio, ya que no se pueden inferir de aquél las causas de la muerte del señor Portilla Rivera, pero aún aceptando en gracia de discusión que fue el cargador el que le ocasionó la muerte, el hecho de que el occiso se encontraba embriagado demuestra la culpa de la víctima y exonera de responsabilidad a la administración.

En el *sub lite* se presenta la excepción de carencia de derecho para demandar al Estado ya que "es un caso de muerte en accidente de trabajo por culpa o no del patrono" (fls. 93 y 94, cdno. 1).

El concepto del Ministerio Público:

El señor Fiscal Octavo solicita se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, fundamentado en:

"Pues bien, de conformidad con la documentación allegada al proceso está plenamente demostrado que el joven Edgar Humberto Portilla Rivera estaba vinculado a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Nariño en calidad de obrero, es decir en actividades relacionadas con la construcción y sostenimiento de obras públicas; la norma anteriormente transcrita clasifica a las personas que realizan dicha actividad como trabajadores oficiales.

"Los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo que tratan de los asuntos que conocen los tribunales administrativos, al determinar la competencia para conocer de los procesos, no contemplan las controversias que provengan de un contrato de trabajo; y como ya se estableció anteriormente que la vinculación del joven Edgar Humberto Portilla Rivera era contractual con el Departamento de Nariño, la justicia contencioso administrativa no tiene facultades para dirimir la presente litis, sino que le corresponde a la justicia laboral; los numerales sextos de los artículos 131 y 132 del Código (sic), excluyen del conocimiento de tales litigios a esta jurisdicción" (fl. 97, cdno. 1).

Se considera:

En primer lugar la Sala se pronunciará sobre la solicitud de nulidad por falta de jurisdicción propuesta por la fiscalía.

Por reiterada jurisprudencia se ha entendido que la responsabilidad extracontractual administrativa del Estado está cimentada, en términos generales, en la doctrina de la falta o falla en el servicio, con la prueba del hecho causal que la configura, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla. Una vez establecida la presencia de estos tres elementos el juez administrativo deberá ordenar la indemnización respectiva.

Significa lo anterior que la responsabilidad extracontractual de la administración es, en principio, independiente de la relación que pueda tener el afectado o las personas que dependan económicamente de él, con aquélla.

El caso de los funcionarios o trabajadores oficiales que fallecen por falla del servicio estando vinculados a la administración no es nuevo en esta Sala y el enfoque jurisprudencial merece ser mantenido.

De allí que la Sala insista en la posición doctrinaria que se enuncia a continuación:

> "El pensamiento reiterado en los casos de Jorge Ignacio Arias Cóngora (proceso 1712, sentencia de 29 de abril de 1980) y Mariluz Arias de Anaya (proceso 2458, sentencia de la misma fecha) muestra como sí puede instaurarse acción de responsabilidad extracontractual por los damnificados de los funcionarios, como los vinculados al ejército o a la policía y cuando su deceso se produce por fallas del servicio que excedan los riesgos propios de la actividad. Ha estimado la Sala que de la indemnización total que se reconozca a favor de aquéllos se debe deducir lo que la administración le haya reconocido a los mismos beneficiarios por concepto de prestaciones sociales por la muerte en el servicio.
>
> "Se ha aceptado tal enfoque por cuanto las prestaciones sociales tienen una causa diferente a la que produce la indemnización.
>
> "En otros términos, las prestaciones sociales tienen su origen en la vinculación del funcionario a los cuadros de la administración, sea estatutaria o contractual ficta; el Estado las debe por esa relación; mientras que la causa de la indemnización es diferente y obedece a una falla del servicio, al rompimiento del principio de la igualdad o un riesgo especial, entendiendo por este no el de la actividad propia, que de por sí puede ser peligrosa, sino el que revista condiciones de excepcionalidad.
>
> "En parte alguna permite la ley colombiana ese régimen de excepción en materia de responsabilidad extracontractual. Régimen que de aceptarse implicaría nada más ni nada menos que el rompimiento del principio general de derecho de igualdad de las personas ante la ley y que mostraría en la práctica, que los funcionarios estarían, en este campo, en condiciones de inferioridad, ya que tendrían que contentarse con unas prestaciones sociales que ni siquiera dan margen a la compensación por el *pretium doloris*.

"Basta observar para entender mejor este enfoque que en los dos casos enunciados, ya decididos, la muerte de los dos oficiales excedió los riesgos propios y normales de su actividad. Se patentizó que el deceso se produjo (caso de Anaya Sánchez) por la deficiente prestación del servicio en la selección del personal (el agente homicida era un sicópata de vieja data); y por la defectuosa colaboración del funcionario instructor en la maniobra final de salvamento de la aeronave de guerra(caso del subteniente Arias)". (Sentencia de abril 23 de 1985. Actor: María del Socorro Ríos viuda de Zapata e hijos, expediente número 3484).

De acuerdo con lo expuesto, la anterior jurisprudencia sigue en vigencia y sólo se precisará para el caso lo relacionado con la indemnización, ya que la Sala ha venido ordenando, sin una adecuada precisión, el descuento de las prestaciones sociales y las indemnizaciones de tipo laboral; olvidando que éstas tienen como causa una relación jurídica distinta al motivo que respalda la indemnización de perjuicios extracontractuales que obedece a una normatividad diferente. Por lo tanto, teniendo en cuenta las causalidades propias de unas y otras, las dos indemnizaciones son compatibles y por lo tanto el reconocimiento que se hará en esta oportunidad deberá ser pleno. No puede olvidarse que en relación con los derechos laborales que tenía el occiso se produce el fenómeno de la sucesión mortis causa; mientras que en la acción de reparación intentada, la legitimación surge del hecho de ser damnificada la persona que demanda. Tal idea se precisó en la sentencia de 5 de octubre de 1989, proceso 5463, Olga Deyanira Ardila R.

La Sala estima que su colaborador fiscal no tiene razón al alegar la falta de jurisdicción. Se anota que el agente del ministerio público incurrió en una lamentable confusión, porque la calificación del vínculo que une al servidor oficial con la administración se requiere para definir controversias de tipo laboral, porque sólo cuando esa vinculación sea estatutaria, será esta la jurisdicción adecuada para su conocimiento.

En cuanto a la excepción de falta de interés para demandar, por ser la muerte el resultado de un accidente de trabajo, cabe afirmar que no es propiamente una excepción, porque el interés en la pretensión es un presupuesto material para el fallo de fondo. No falta ese interés por las razones expuestas atrás.

Estudiadas las excepciones la Sala entra a decidir el fondo del asunto.

En el plenario se encuentran debidamente acreditados los siguientes hechos:

1. La muerte del señor Edgar Humberto Portilla Rivera. Este hecho aparece demostrado con los siguientes documentos:

a) Registro civil de defunción (fl. 10, cdno. 1).

b) Acta de levantamiento del cadáver del juzgado promiscuo municipal de Sapuyes (Nariño) (fl. 1, cdno. 2).

2. La circunstancia de la muerte del señor Portilla Rivera, la que se produjo como consecuencia de las heridas causadas por el cargador Fiat Allis 1400 AS, número 6, al servicio de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Nariño y conducido por el señor Alvaro Mera Arteaga, trabajador del mencionado despacho.

Este hecho se encuentra debidamente respaldado con los siguientes documentos:

a) Acta de levantamiento del cadáver del señor Humberto Portilla, realizada por el juez promiscuo municipal de Sapuyes (Nariño), en donde textualmente se dejó constancia de que: "cerca del cadáver se aprecian huellas, de un vehículo de un cargador (sic) y que el conductor del cargador era el señor Alvaro Mera Arteaga (fl. 1, cdno. 2).

b) Informe del comandante de la subestación de policía de El Espino (Nariño) en donde se afirma que "se accidentó el vehículo maquinaria pesada (cargador) distinguido con el número 1400 AS de propiedad del Ministerio de Obras Públicas del Departamento de Nariño, en que viajaba en compañía del señor Edgar Portilla Rivera, de 23 años de edad, estado civil soltero, estudios secundarios, profesión ayudante del mencionado vehículo, indocumentado, natural y residente en Ancuyá, hijo de Edelberto y Delia, el cual presenta fractura en el pómulo derecho, barbilla, tórax y brazo derecho a consecuencia de estas heridas falleció instantáneamente" (fl. 2, cdno. 2).

c) En la diligencia de indagatoria del señor Alvaro Mera Arteaga ante el juzgado promiscuo municipal de Sapuyes, a la pregunta de "Cómo explica usted que en citio (sic) donde dice se en encunetó, apareciera el cadáver de Edgar Portilla Rivera, al cual según los rastros observados en la diligencia de levantamiento del cadáver fue arrollado por el cargador que usted conducía", el citado señor Mera respondió: "Se ve que él iba colgado en la parte de atrás no lo he visto uno al dar reversa mira hacia los lados, no alcanza a mirar para atrás el cargador es supremamente alto" (fl. 2, vuelto, cdno. 2).

d) Constancia de la sección de personal del Departamento de Nariño en donde se certifica que el señor Alvaro Mera Arteaga era empleado de la Secretaría de Obras Públicas del citado departamento (fls. 55 a 58 del cdno. 1).

e) Auto del juzgado promiscuo municipal de Sapuyes (Nariño) mediante el cual se le dicta auto de detención al señor Alvaro Mera Arteaga "sindicado del delito de homicidio y del que fuera víctima Edgar Portilla Rivera, el día 27 de marzo del año en curso aproximadamente a las once de la mañana en la vereda Panamal jurisdicción de este municipio" (fl. 47, cdno. 2).

f) Solicitudes del secretario de Obras Públicas (e) y del ingeniero mecánico del mismo despacho a los jueces competentes, para que les fuera devuelto el cargador Fiat Allis número 6 (fls. 52 y 58, cdno. 2).

3. La falta o falla en el servicio tiene también pleno respaldo probatorio, a saber:

a) Certificación del Departamento de Tránsito y Transportes de Nariño en donde se hace constar que la licencia de conducción se le expidió al señor Alvaro Mera Arteaga con fecha posterior al 27 de marzo de 1987, lo que significa que en el momento de los hechos el conductor del cargador no poseía ningún tipo de autorización oficial para movilizar vehículos como el que ocasionó el accidente (fl. 59, cdno. 2).

b) En la diligencia de indagatoria al señor Alvaro Mera Arteaga, conductor del cargador, efectuada por el juez promiscuo municipal de Sapuyes, se dejó la siguiente constancia "...no sin anotar que el sindicado carece de licencia para conducir vehículos menos maquinaria pesada, manifestando que ha realizado un curso teórico y práctico para operar dichas máquinas" (fl. 9, cdno. 2).

c) En el peritazgo adelantado por el despacho citado en el numeral anterior se encontró que el cargador Fiat-Allis 1400 AS número 6 adolecía de las siguientes fallas:

—Las llantas se encontraban todas en muy mal estado.

—Las luces de freno traseras no funcionaban.

—No tenía espejos retrovisores (fls. 36 y 37, cdno. 1).

Se observa que esta prueba no fue practicada con los requerimientos que la ley determina para el caso de las pruebas trasladadas, sin embargo la Sala la estimará como indicio y en conjunto con las demás que obran en el proceso y teniendo en cuenta que fue practicada cuatro días después de la ocurrencia del hecho.

d) También se encuentra plenamente probado que el señor Alvaro Mera Arteaga se encontraba en estado de embriaguez en el momento de la ocurrencia del hecho trágico. Esta circunstancia quedó demostrada con las siguientes piezas:

—Certificación del jefe de atención médica de la Unidad Regional Centro Occidental de Túquerres (Nariño), en donde se certifica expresamente que el señor Alvaro Mera, sí estaba en estado de embriaguez, el día viernes 27 de marzo del presente año (fl. 33, cdno. 2).

—En la diligencia de indagatoria rendida por el señor Mera, efectuada el mismo día de la ocurrencia de los hechos, éste afirmó expresamente: "Si señor juez estuve tomando aguardiente en la volqueta, por la mañana sin desayunar a uno le puede coger, pero no estaba demasiado embriagado".

Además en la citada diligencia se dejó expresa constancia que "el sindicado se encuentra en perfecto estado de lucidez mental, se ubica claramente en el tiempo y en el espacio y además expide olor a aguardiente (tufo)" (fl. 9, cdno. 2).

Visto lo anterior se concluye que está plenamente probada la falla en el servicio, ya que los hechos demuestran que el señor Portilla Rivera murió como consecuencia de un riesgo por fuera de los propios de su oficio como ayudante de cargador.

Sin embargo la indemnización por perjuicios materiales no podrá declararse, porque no aparece prueba en el expediente que el occiso ayudara económicamente a su padre, actor en el *sub lite*. Muy por el contrario, de las afirmaciones que hacen los testigos, se concluye que el señor Portilla Rivera era un solitario que gastaba casi todo el salario en licor (fls. 45 a 51, cdno. 1).

La indemnización por perjuicios morales tampoco podrá ser plena, porque se configuró en forma suficiente la culpa de la víctima. De acuerdo con los testimonios recibidos por el *a quo*, el señor Portilla Rivera se encontraba en completo estado de embriaguez en el momento de ser atropellado, y con su imprudencia colaboró con el resultado final.

Se presenta entonces el fenómeno de la compensación de culpas; fenómeno que ha sido objeto de análisis por parte de esta misma Sala en forma reiterada, para atenuar el valor de la indemnización debida. Dada la prueba que se deja analizada esa designación deberá ser equivalente a un 50%.

En el expediente existe prueba que el actor era el padre legítimo del señor Edgar Humberto Portilla Rivera, a saber:

—Registro civil de matrimonio (fl. 12, cdno. 1).

—Registro civil de nacimiento del occiso (fl. 11, cdno. 1).

También aparece el registro de defunción del señor Portilla Rivera (fl. 10, cdno. 1).

Se encuentra entonces demostrado el parentesco que según jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, presume los perjuicios morales en cuanto a padres, hijos y cónyuges se refiere, pero de acuerdo a lo visto la indemnización solamente será en un 50%.

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

Falla:

1º Revócase la sentencia de fecha 18 de enero de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

2º No se declara la nulidad solicitada por el señor fiscal en su concepto de fondo.

3º No prospera la excepción de falta de interés para demandar planteada por el señor apoderado de la demanda.

4º Declárase administrativamente responsable al Departamento de Nariño de la muerte del señor Edgar Humberto Portilla Rivera, en las circunstancias descritas en la parte motiva de esta providencia.

5º Condénase al Departamento de Nariño a pagar al señor Edelberto Portilla Zambrano, como indemnización por perjuicios morales el equivalente en pesos de 500 gramos oro, según certificación del valor de éste a la fecha de la ejecutoria de la presente providencia, expedida por el Banco de la República.

6º Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

7º La condena que aquí se ordena devengará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. En firme regrese al Tribunal de origen.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 26 de octubre de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

LIQUIDACION DE CONDENA

La entidad pública vencida no podrá, en principio, aceptar la liquidación que presente la parte favorecida con la sentencia ni el juez aprobarla de plano.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5695. Consulta. Actor: Olga Lucía Mc. Ewen viuda de Betancur y otros.

El presente asunto pasó al despacho para decidir el grado de consulta abierto contra el auto de diciembre 9 de 1988, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia aprobó de plano la liquidación presentada por la parte demandante en el proceso de la referencia, por cuanto la entidad demandada la aceptó de plano al corrérsele el traslado de rigor.

Para el suscrito ponente el auto consultado y el trámite subsiguiente deberán ser anulados, por las razones que se expresan a continuación:

1. Si bien es cierto el artículo 308 del C. de P. C., dispone, en su inciso 3º, que "presentada oportunamente la liquidación, se dará traslado por cinco días a la otra parte o a su apoderado" y, en su inciso 4º, que "el juez aprobará de plano la liquidación que expresamente acepte la obligada", no es menos cierto que esta última eventualidad sólo podrá darse entre particulares y cuando la persona demandada sea una persona particular (natural o jurídica) capaz de confesar.

Aunque el artículo 308 no lo dispone así expresamente y pese a la claridad de su texto, la jurisprudencia del Consejo desde hace muchos años ha afirmado que la entidad pública vencida no podrá, en principio, aceptar la liquidación que presente la parte favorecida con la sentencia ni el juez aprobarla de plano.

La precedente solución encuentra su apoyo en el hecho de que la administración no puede libremente allanar (ni en el régimen del

Decreto 01 de 1984 y menos frente al actual artículo 218 como quedó luego de la modificación que le introdujo el artículo 55 del Decreto 2304 de 1989); y se refuerza con la incapacidad que para confesar tienen los representantes de las entidades públicas que la conforman.

Para el suscrito la aceptación de la liquidación por parte de la nación no puede asimilarse a un allanamiento porque éste tiene su oportunidad señalada en la ley y en los casos en que procede deberá hacerse en la contestación de la demanda o en cualquier momento anterior a la sentencia; y porque, además, dentro del procedimiento de liquidación del 308 no podrá asimilarse el escrito de concreción inicial a la demanda ni el proveído final con la sentencia, para la aplicación analógica del artículo 93 del C. de P. C.

Y menos podrá tomarse esa aceptación como confesión ante la prohibición expresa que tienen los entes para confesar en el artículo 199 del C. de P. C.

En suma, todo lo actuado a partir del auto de diciembre 9 de 1988 (a fl. 27 del cuaderno consulta) deberá anularse. Una vez en firme este proveído el Tribunal deberá decretar las pruebas pedidas por la demandante y las que considere convenientes, entre las que no deberá olvidar la echada de menos en el fallo (los índices de precios actualizados). En otras palabras, el procedimiento de regulación previsto en el artículo 308 deberá tramitarse en su integridad.

Para reforzar lo dicho atrás cabe recordar el auto de agosto 30 de 1988 dictado por esta Sala *(Publicado en Extractos Caja Agraria, T. I de 1988, pág. 293). En éste, se expresó:

> "La Sala estima que frente a las entidades públicas (territoriales o descentralizadas) no puede darse la posibilidad que contempla el inciso 4º de la antecitada norma (aprobación de plano de la liquidación) porque ello sólo es posible frente a personas que pueden confesar libremente o allanarse. Es sabido que no vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los municipios y los establecimientos públicos, ni podrá provocarse su confesión mediante interrogatorio (art. 199 del C. de P. C.).
>
> "Sobre allanamiento de las demandas propiamente dichas sólo existe la permisión expresa para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en el artículo 218 del C. C. A., y eso en los procesos de reparación directa y contractuales.
>
> "Para ese allanamiento, las demás personas públicas requerirán de la autorización expresa y escrita, en los términos del inciso 2º de la mencionada norma.

"Cuando la parte demandada es una persona privada y acepta la liquidación presentada por la actora, la decisión de plano se impone porque esa conducta no es más que un allanamiento, ya que con ella se están reconociendo los fundamentos de hecho de la condena liquidada y se hace inocuo el debate".

(Expediente núm. 5213. Actor: Nadin Ospina Morales. Sección III).

Por lo expuesto, se

Resuelve:

Anúlase todo lo actuado a partir del auto de diciembre 9 de 1988, inclusive. En firme este proveído continúese el trámite señalado en el artículo 308 del C. de P. C.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Betancur Jaramillo.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PERJUICIOS MORALES A MENORES/PERJUICIOS MORALES AL HIJO POSTUMO

Si el hijo póstumo tiene derecho a aspirar a una vida armoniosa, al lado de sus padres, por el tiempo que la naturaleza misma indique y si ese derecho se contraría por acto injurídico de cualquiera, ¿por qué no admitir su reparación? Y lo mismo puede preguntarse ya no sólo del póstumo sino del nacido pero aún de corta edad, que ya ha experimentado, así no sea en forma plenamente consciente, el cariño y la solicitud de la madre o el padre, que de pronto desaparece por la acción o inacción de alguna de aquellas personas?

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5606. Actor: Campo Elías Martínez Grijalba y otros.

Conoce la Sala, por vía de apelación, interpuesta por los demandantes, la sentencia calendada el 9 de diciembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño (fls. 196 a 214), por la cual se acogieron parcialmente las súplicas de la demanda.

I. *Antecedentes:*

1º El señor Campo Elías Martínez Grijalba y la señora Martha Beatriz Pantoja en su propio nombre y en el de su hija menor de edad Nancy Liliana Martínez Pantoja; las señoritas Sonia del Carmen y María Elena Martínez Pantoja; los señores Héctor J. Martínez Pantoja y José Luis Chávez Narváez, éste último en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad John Fredy Chávez Martínez, solicitaron que se declarara a la Nación —Ministerio de Defensa— Policía Nacional, responsables de "todos los daños y perjuicios, tanto morales, como materiales" ocasionados a las citadas personas "con la muerte violenta de la señora Ana Patricia Martínez de Cháves", "en hechos ocurridos el 12 de noviembre de 1987, en el barrio El Churro de la ciudad de Pasto, cuando el agente de la Policía Nacional Freddy Ortiz

disparó su arma de dotación oficial contra la misma, ocasionándole de inmediato la muerte, en una evidente falla en el servicio" y se condenara a la entidad demandada al pago de los daños inferidos.

2º Los hechos de la demanda los sintetizó bien el colaborador fiscal de esta Corporación en su concepto durante la segunda instancia, así:

"...en la noche de 12 de noviembre de 1987 hacia las 8:30 p.m., se encontraba la señora Ana Patricia Martínez de Chávez en su hogar, llegaron a esa casa los agentes de la Policía Nacional Fredy Ortiz Rojas y Néstor Muñoz Guevara, quienes vestían sus uniformes reglamentarios y portaban sus revólveres de dotación oficial. En un momento dado, el agente Fredy Ortiz Rojas desefundó su arma y en son de charla le dijo a Nancy Liliana, hermana de Ana Patricia 'te voy a matar', al momento que le apuntaba con el arma y accionó el gatillo sin que se produjese disparo alguno; a continuación dirigió el arma hacia Ana Patricia y le dijo: 'a usted sí la mato' y volvió a presionar el gatillo, produciéndose de inmediato una detonación, pues al parecer había quedado un cartucho en el tambor del arma, yendo el proyectil a alojarse en el cuello de Ana Patricia, causándole la muerte inmediatamente".

3º La entidad se hizo presente en el proceso por medio de apoderado especial, quien solicitó y obtuvo la práctica de varias pruebas tendientes, unas a establecer si existía o no dependencia económica entre la occisa y los actores y otras a determinar si los miembros de la Policía Nacional que intervinieron en los hechos lo hicieron o no con ese carácter.

4º Rituado el proceso en debida forma, culminó con la sentencia apelada, en la cual se accedió a la declaración pedida de responsabilidad y en consecuencia condenó a la Nación "con cargo al presupuesto de la Policía Nacional, a pagar al señor José Luis Chávez Narváez, los perjuicios materiales que se determinen en el incidente de que trata el artículo 308 del C. de P. C., con fundamento en los criterios señalados en la parte motiva..." y, por concepto de perjuicios morales condenó a la misma entidad a pagar al esposo de la víctima, señor José Luis Chávez Narváez, el equivalente de 1.000 gramos oro fino, a cada uno de los padres de la misma, señores Campo Elías Martínez Grijalba y Martha Beatriz Pantoja, el equivalente de 500 gramos del mismo metal; y a cada uno de los hermanos legítimos de aquélla, María Helena, Héctor Javier y Nancy Liliana Martínez Pantoja, el equivalente de 300 gramos oro puro.

En la misma providencia se denegó el pago de perjuicios morales "para el menor hijo de la víctima John Fredy Chávez Martínez y su hermana Sonia del Carmen por no haber otorgado poder".

Se dispuso, en la parte resolutiva del fallo que se le diera cumplimiento "dentro de los términos señalados en el artículo 176 del

C. C. A.", y que se pagaran "intereses del 24% anual" a partir de su ejecutoria.

5º El Tribunal *a quo* luego de explicar cuáles son los elementos de la responsabilidad del Estado por falla del servicio y de examinar las pruebas allegadas, los encontró acreditados dentro del proceso y de aquí la decisión tomada.

La falta o falla del servicio en el *sub lite*, para el *a quo*, consistió en la circunstancia de haber actuado el agente Fredy Ortiz Rojas en el hecho causante de la muerte de la señora Patricia Martínez de Chávez, con arma de dotación oficial que, por haber terminado de prestar el servicio poco antes, ha debido entregarlo a su compañero Néstor Raúl Muñóz, quien estaba con aquél en el lugar donde ocurrió el insuceso.

El Tribunal *a quo* encontró sospechosa, a este respecto, la declaración rendida por el teniente Gabriel Leal Preciado, comandante de la Estación (fl. 104), quien aseveró que "los dos servidores de la Policía se encontraban en franquicia", "en atención a la vinculación que él tenía con la institución" y porque debía haber controlado "la entrega y recepción de armas después de transcurridos los períodos normales de prestación de servicios" y no haber permitido que personas bajo su mando "desaparecieran" del cuartel "uniformados y con armas de dotación, para pernoctar fuera de sus instalaciones".

Que el disparo que ocasionó la muerte de la señora Martínez de Chávez fue autoría del agente Ortiz Rojas lo encontró probado, el Tribunal, con la declaración rendida por dicho agente en la investigación penal que se adelantó, como con "las expresiones consignadas por el teniente Leal Preciado", en su testimonio.

La calidad de agente de la Policía Nacional del autor del disparo y la muerte de la señora de Chávez como consecuencia de dicho disparo se demostraron con prueba documental (fls. 57 a 59 y 79).

En cuanto a los perjuicios materiales estimó el Tribunal *a quo* que con las pruebas recogidas se comprobó que la víctima vivía con su esposo e hijo y que compartía con ellos sus ingresos, no así con sus padres y hermanos; pero consideró que la cuantía de lo que ganaba, como vendedora de revistas y periódicos, no estaba suficientemente acreditada, por lo que decidió condenar *in genere* a su pago y dictó pautas, que la Sala comparte, para su posterior liquidación.

En lo referente a los perjuicios morales el Tribunal estuvo de acuerdo en que los sufrieron el cónyuge de la víctima sus padres y sus hermanos María Elena (no Helena como dice la sentencia), Sonia del Carmen, Héctor Javier y Nancy Liliana, porque, en cuanto a los últimos, se demostró no sólo el parentesco, sino que "se daban muy buenas relaciones de convivencia y familiaridad" y en cuanto al hijo

de la señora Martínez de Chávez, los negó, diciendo: "Por otro lado, al producirse (su) deceso..., ciertamente quedó un pequeño hijo de nombre John Fredy (sic), de sólo un año de edad ya que había nacido el 5 de noviembre de 1986, pero éste dada su corta edad, carecía de una conciente (sic) capacidad afectiva que no impulsará indemnización por el concepto analizado, ya que no era capaz de sufrir ningún daño moral".

6º El señor apoderado de los actores, apeló la providencia que se deja reseñada por mostrarse inconforme en cuanto al reconocimiento en favor de los padres de la señora Martínez Chávez de sólo el equivalente, a cada uno de 500 gramos oro y de 300 para cada uno de los hermanos como perjuicios morales, pues para los primeros ha debido ser en la misma cuantía que para el cónyuge, como lo ha reconocido, dice el recurrente "la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado" de quien cita algunas decisiones y fundado en las mismas, pide para los hermanos, dada la prueba existente sobre las relaciones que existían entre ellos y la víctima, que se aumente al equivalente de 500 gramos del mismo metal.

Critica también el recurrente que no se reconozca indemnización alguna por daño moral, al hijo de la víctima por ser evidente que lo sufrió no obstante su corta edad, perjuicio moral que, además, continuará soportando en el futuro "pues a nadie escapa que el menor que ha perdido a su progenitora al comienzo de su vida, tendrá un futuro doloroso, angustiado, de graves, repercusiones psíquicas al tener conciencia plena de la forma sangrienta e injusta en que (sic) se le arrebató la vida a su madre" y pide, entonces, que por el concepto anotado se le reconozca el equivalente a 1.000 gramos oro.

Finalmente objeta la decisión del *a quo* en cuanto dispuso que "La entidad demandada pagará intereses del 24% anual a partir de la ejecutoria del fallo definitivo", por considerar que ello no está de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 177 del C. C. A. (fls. 217 a 223).

7º Concedido y admitido el recurso, sin que las partes hubieren alegado durante el traslado de rigor, el señor Fiscal Octavo de esta Corporación, en su vista de rigor, dijo compartir lo decidido por el *a quo* en cuanto a la falla del servicio y los perjuicios materiales y morales deducidos, pero en relación con la negativa que reconocerlos para el hijo menor manifestó estar de acuerdo con el apelante y solicita que se señalen "en la suma equivalente a los 1.000 gramos oro", como también dice estar de acuerdo en que los intereses que deban pagarse lo sean en la forma prevenida por el artículo 177 del C. C. A. (fls. 229 a 232).

II. *Consideraciones:*

1º Para la Sala no hay duda alguna sobre la falla del servicio y sobre los restantes elementos axiológicos de esta especie de responsa-

bilidad extracontractual del Estado, presentes en este proceso y la Sala comparte el análisis de la prueba y las conclusiones que de él obtuvo el *a quo*, sin que exista tampoco disparidad entre las partes pues ni los actores ni el apoderado judicial de la Nación ni el Ministerio Público se apartan, en este aspecto, de la sentencia recurrida.

2º Como se dejó expuesto, la discrepancia de los actores radica en la negativa a reconocer perjuicios morales al hijo menor de la víctima y en la cuantía de los decretados para los hermanos y sus padres.

Recuérdese que al fallecer la señora Ana Patricia Martínez de Chávez, el 12 de noviembre de 1986, su hijo John Fredy Chávez Martínez apenas acababa de cumplir un año (había nacido el 5 de noviembre de 1986) y su corta edad fue la que llevó al *a quo* a pensar que aún no tenía capacidad afectiva para sufrir lo que la doctrina conoce como perjuicio o daño moral subjetivo.

Diversos problemas plantea el problema de la responsabilidad por daño moral subjetivo, a saber: cuál es su naturaleza, cuándo se presenta, cuál es su medida, quiénes lo sufren o pueden sufrirlo y, en consecuencia, quiénes están legitimados para exigir su reparación y finalmente qué pruebas debe darse de ellos.

En un principio se concibió el daño moral como aquél que al afectar bienes no patrimoniales, es decir no estimables en dinero (el honor, la familia, la vida, la integridad corporal, etc.) causaban en el interesado dolor o angustia. Y se pensó que esos bienes eran tan dignos de protección —y en ocasiones aún más— que los patrimoniales y por ello cuando fueran desconocidos o de alguna manera afectados, el daño consecuencial debería poder ser reparado.

La doctrina ha venido evolucionando y de esa concepción restrictiva consistente en pensar que el daño moral (o no patrimonial, como con mejor propiedad lo denominan los juristas italianos) sólo consiste en el dolor o la aflicción ocasionados por la afectación de bienes no estimables en dinero, se ha ido más allá, para considerar que si bien se produce por dicha afectación, su manifestación no se traduce únicamente en dolor o aflicción sino en otros sentimientos no menos dignos de protección (solidaridad, alegría, apoyo mutuo, protección, etc.).

Cuando se lo miró sólo como aquel que por afectar bienes no patrimoniales causaba dolor, se sostuvo que, entonces, no tenía derecho a indemnización sino quienes tuvieran capacidad de sentir dolor y aflicción y por ello, esta Sala, en una ocasión dijo: "Su indemnización corresponde a la aflicción o quebranto moral sufrido por la persona como consecuencia del daño recibido. Este dolor moral está proporcionado a una consciente capacidad efectiva en quien lo recibe y es por tanto natural que, quien carece de ella está en imposibilidad de experimentarlo y consecuencialmente de pretender ninguna indemni-

zación por este aspecto (sentencia de julio 2, 1968, actor: María Elena Parra viuda de Vásquez, Anales, Segundo Semestre 1968, págs. 317 y ss.). Y de aquí que se haya negado a hijos póstumos o menores de edad, por ejemplo, por considerarlos incapaces o de comprender el significado de la pérdida de un ser querido o de sentir aflicción por la misma.

Y dentro del mismo orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, se negó a reconocer indemnización a la hija impúber del padre fallecido en transporte benévolo, en avión oficial, porque dijo: "El niño, sin uso de razón, como es el caso de la menor Esperanza Varela Lasso, que para la muerte de su padre sólo contaba un año, nueve meses y dos días de edad, puede como es obvio, hasta advertir en el acto mismo en que se produce, la ausencia física del ser querido que le deja, para olvidarla en seguida ante el menor halago; pero no tiene capacidad ninguna de discernir sobre la razón de ella, ni sobre las consecuencias que en el orden afectivo pueda producirle" (*Gaceta Judicial*, Tomo LXIII, pág. 670).

Y más recientemente, expresó el Consejo de Estado: "Para el hijo póstumo, nada puede reconocerse por perjuicios morales subjetivos, pues dada su naturaleza, ellos están en relación directa con el dolor sufrido y obviamente con la capacidad de percibirlo, nada de lo cual puede predicarse del hijo póstumo al momento del deceso de su padre" (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, febrero 11 de 1982, actor: Luz Marina Hidalgo Torres, libro copiador, Tomo 41, fls. 248 y ss.).

Pero, como se advirtió atrás, la doctrina ha evolucionado y ha llegado, con acierto, en sentir de la Sala, a admitir que basta la afectación injusta, o mejor contraria a derecho, de un bien no patrimonial para que se produzca el daño moral, con independencia de la *capacidad actual* de quien lo sufre, para sentir o no dolor por dicha afectación, siendo, entonces suficiente, la presencia del solo daño a alguno de esos bienes que constituyen el patrimonio moral de una persona.

Si el hijo póstumo tiene derecho a aspirar a una vida armoniosa, al lado de sus padres, por el tiempo que la naturaleza misma indique y si ese derecho se contraría por acto injurídico de cualquiera (una persona natural o jurídica y ésta, bien de derecho público o privado) por qué no admitir su reparación? Y lo mismo puede preguntarse —y quizá con mayor razón— ya no sólo del póstumo sino del nacido pero aún de corta edad, que ya ha experimentado, así no sea en forma plenamente consciente, el cariño y la solicitud de la madre o el padre, que de pronto desaparece por la acción o inacción de alguna de aquellas personas?

Por la verdad que subyace en las preguntas anteriores es por lo que doctrina y jurisprudencia aceptan que en tales casos existe un verdadero daño moral.

Lo dicho tiene una sólida base científica.

En efecto, la moderna psiquiatría ha estudiado los efectos de la pérdida del padre o la madre y en general de los familiares allegados en los niños, comprendiendo dentro de esta acepción desde los recién nacidos hasta los adolescentes, es decir a quienes en el Código Civil se denomina como infantes, impúberes y adultos (art. 34) y ha llegado a la conclusión de que a todos ellos los afecta y que en los infantes y en los impúberes por tener menos mecanismos defensivos tales efectos (tristeza, sensación de desamparo, inquietud y hasta melancolía) son mayores y pueden conducir más tarde a específicos estados depresivos que lleguen a requerir tratamiento especializado.

Para destacar la importancia de los afectos en el niño, el doctor León Eisenberg, profesor de la psiquiatría en la Escuela de Medicina de la Universidad de Harvard, escribe: "El último trimestre del embarazo y el primero y segundo año de vida es una época de multiplicación extraordinaria de neuronas, crecimiento del cerebro y mielinización de los procesos nerviosos. Esta fase o etapa del crecimiento es peculiarmente vulnerable a la privación nutricional. Informaciones longitudinales estadísticas de infantes sujetos a "malnutrición" neonatal, infecciones y pobreza, revela atormentadores efectos en el crecimiento intelectual y físico. Una dieta apropiada constituye una prevención específica contra los efectos de la desnutrición.

"La vulnerabilidad del sistema nervioso central joven a la ineficiencia nutricional ha sido ampliamente comprobada; lo que ha sido menos reconocido o admitido es que el desarrollo del cerebro requiere también nutrientes cognocitivos y afectivos. El elegante trabajo de Hubel y Wiesel ("El período de susceptibilidad a los efectos fisiológicos del cerramiento de un ojo en los gatos", Journal of Physiology, pág. 206, núm. 419-436, año 1970) ha demostrado que auncuando en el momento del nacimiento existen ya interconexiones entre la retina, la corteza del cuerpo geniculado y la corteza occipital, ellas requieren estímulos vitales para su preservación; si un ojo se ocluye por un cierto lapso, perderá su habilidad para estimular células occipitales previamente sometidas a una inervación bilateral... Ilustraciones dramáticas sobre la importancia de suministros afectivos y cognoscitivos están indicando los fracasos subsiguientes, evidentes en niños que han crecido en instituciones", impersonales y la reversibilidad de estos efectos en familias adoptantes". (Basik Handbook of Child Psychiatry, Development: Need for Cognitive and Affective Nutrients, Ed. Basic Books, Inc, New York, 1979, pag. 6).

En cuanto a los efectos psicológicos en el menor por el alejamiento físico de la madre, el doctor Irving N. Berlin, profesor de psiquiatría y pediatría y director de la División de Psiquiatría de niños y adolescentes, en la Escuela de Medicina de la Universidad de New México expone: "Durante el período neonatal, la separación del infante de quien represente a su madre, que dure aun por períodos de apenas

algunos días, puede afectar el desarrollo mental del niño. A medida que su crecimiento se desenvuelve, la separación del infante de su medio de estímulos necesarios y la interrelación con las personas allegadas parece que impide el proceso de desarrollo mental y puede hasta pararlo por completo. Investigaciones recientes muestran claramente que si el desarrollo se quiere impulsar, el cuidado hospitalario de los prematuros y de recién nacidos requiere no sólo intervención médica sino también estímulos interpersonales.

"Se tiene información reciente que indica que en el recién nacido y en el infante la combinación de la buena nutrición y bajos estímulos afectivos, es más devastadora en el desarrollo que la mala nutrición y un ambiente rico en estímulos".

Y para abundar en autorizados respaldos científicos, se cita enseguida al profesor de psicología infantil, del Instituto de Psiquiatría de Londres Michael Rutter, quien enseña: "En el momento en que cumplen el primer año de vida, los niños suelen haber desarrollado ya fuertes y definidos vínculos con sus padres y sienten un malestar profundo si son separados de ellos. Desde antiguo la gente ha sido consciente de este femómeno, pero no se le prestó una atención seria hasta que Bowlby (1951, Maternal Care and Mental Health, Geneva: World Health Organization) destacó la importancia de las relaciones madre-hijo en su estudio de la deprivación materna. En un primer momento, el principal foco de atención fueron las reacciones del niño a la separación y la necesidad de evitar las separaciones durante los años preescolares...

"Sin embargo, fue a partir de los escritos de Bowlby (1969, Attachment and Loss, Vol 1º, Attachment, London: Hogarth Press) y los estudios empíricos de Schaffer y Emerson (1964, The development of social attachments in infancy, Monogr. Soc. Res. Child Develop, 29, Serial núm. 94) y de Ainsworth (The development of infant-mother attachment; en B. M. Caldwell et otr., Eds. Review of Child Development Research, Vol. 3. Chicago: University of Chicago Press) cuando se empezó a cobrar conciencia del vínculo y la unión como rasgos de desarrollo importantes por derecho propio. La noción del vínculo ha dado lugar a una considerable cantidad de investigación ...y los teóricos han sugerido que el vínculo inicial de un niño con sus padres puede constituir la base de todas sus relaciones sociales posteriores (Bowlby, 1929, ob. cit)..."

"*Los primeros meses de vida.* Aunque los vínculos no se desarrollan en sí hasta algo más tarde, las relaciones sociales tienen sus orígenes en las primeras semanas y meses de vida. La capacidad del niño para percibir a las personas y discriminar entre ellas madura progresivamente; aumenta su repertorio de respuestas sociales e imitaciones sociales; y crece en complejidad el diálogo social entre los padres y el hijo.

"*Discriminaciones perceptivas*. En el momento de nacer, las facultades sensibles del niño están ya intactas y en funcionamiento aunque sus capacidades de discriminación e integración sensorial son bastantes limitadas en comparación con las facultades que tendrá unos meses más tarde..."

"La capacidad del niño para reconocer a su madre como a alguien diferente a otros adultos ha sido estudiada de diversas formas utilizando el ritmo cardíaco (Banks y Wolfson, 1967, Differential cardiac response of infants to mother and stranger. Paper to the Eastern Psychological Association, Philadelphia), la dilatación pupilar (Fitzgerald, 1968, Autonomic pupillary reflect activit during early infancy and tis relation to social and nonsocial visual stimuli, J. exp. Child Psycol. 5, 470-482), la sonrisa (Waheler, 1967, infant social attachments a reinforcement interpretation and investigation, Child Develop, 38, 1079-1088), la atención visual (Caldwell, 1965, Visual and emotional reactions of an infant to his mother and other adult females, Paper to the Tavistock Study Group of Mother, Infant interaction, London) y los cambios de conducta (Yarrow, 1967, The development of focused relationships during infancy, en J. Hellmuth, (Ed.), Exceptional Infant, Vol. I, Seattle Special Child Publications) como indicadores de respuesta. Está claro que a los 3 meses de edad y muchas veces antes, el niño puede diferenciar a su madre de otras personas. Obviamente esto constituye un requisito previo esencial para el desarrollo de un vínculo selectivo" (Fundamentos Científicos de Psiquiatría del Desarrollo, Ed. Salvat, Barcelona, 1985, pág. 289).

Y más adelante anota el mismo autor: "La interacción entre padre e hijos, incluso en el período neonatal, es en gran medida un doble proceso en el que ambos responden y se influyen mutuamente...". Y refiriéndose a la importancia de estos primeros vínculos que se van formando entre padres e hijo desde el período neonatal, escribe: "En algún momento del penúltimo tercio del primer año de vida (con considerables variaciones individuales, que van de los 3 a los 15 meses) aparece una nueva etapa en las relaciones sociales. Los niños empiezan a desarrollar *vínculos* específicos a determinadas personas. Esta etapa, que se expresa con el dicho del niño de 'quiero a mamá' es conocida por todos los padres. El niño se ha vuelto más discriminatorio en sus relaciones sociales y tiene preferencia por algunas personas por encima de otras. Incluso antes el niño había variado su interacción social en función de las respuestas de la gente hacia él. Pero la diferencia de esta nueva etapa consiste en que la selectividad en sus relaciones perdura en el tiempo y no depende ya de la respuesta de los adultos hacia él. El niño buscará a su madre, incluso cuando ésta le sea indiferente o le ignore..." (ob. cit. pág. 291).

Y, finalmente, aun cuando las citas científicas podrían prolongarse casi que indefinidamente, se transcribe lo expuesto por Williard W. Hartup (profesor de Psiquiatría Infantil, de la Universidad de Minnesota, en los Estados Unidos) quien como conclusión de su estudio

sobre "Relaciones de Amistad y Familiares: Dos Mundos Sociales", anota: "Las relaciones familiares y las relaciones con amigos son dos sistemas sociales muy diferentes. Si bien la interacción social entre ambos sistemas se vuelve más compleja y diferenciada a medida que el niño crece, la naturaleza de la interacción social difiere considedablemente entre ambos sistemas.

"Las relaciones padres-hijo, sobre todo la relación madre-hijo, crean la base afectiva e instrumental a partir de la cual el joven primate (y el niño pequeño) pueden explorar el mundo social sin malestar ni ansiedad..." (ob. cit. pág. 313).

En cuanto a quiénes pueden sufrir el perjuicio moral, existe unanimidad en considerar que no sólo quien detenta el bien no patrimonial afectado sino que, como sucede en el caso de resarcimiento de los daños patrimoniales, todo aquél que legítimamente esté interesado en la conservación de tal bien gozará de la protección que implica su resarcimiento; pero también existe uniformidad en cuanto a que debiendo reunir esta clase de daño las mismas calidades que se predican del patrimonial (certeza, extensión, relación directa, etc.) el número de personas legitimadas para exigir su reconocimiento está naturalmente limitado al sujeto en cuyo patrimonio moral puede considerarse incorporado el bien afectado (vida, integridad física, honor, fama, prestigio, etc.), y a su núcleo familiar inmediato, pues de lo contrario, como expresa el tratadista de Cupís "se corre el riesgo de agravar la responsabilidad por una serie infinita de pretensiones basadas en alegaciones morales más o menos sinceras, propagando la legitimación activa al resarcimiento en favor de personas que permaneciendo extrañas a tales bienes, harían mejor en no pretender traducir en dinero el eventual perjuicio moral que indirectamente pueden haber sufrido" (El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil, núm. 120, Ed. Bosch, Barcelona, 1975).

Ese núcleo familiar debe ser, se repite, el inmediato, es decir el constituido por los padres, los hijos y los cónyuges y la misma doctrina y jurisprudencia han llegado hasta comprender en él a los hermanos menores de la persona cuyo patrimonio moral fuere dañado y en cuanto a los mayores siempre que convivan bajo el mismo techo o se demuestre que los unen especiales lazos de afecto y ayuda o colaboración mutua.

Para tales personas su legitimación se funda en el vínculo familiar y no en calidad hereditaria alguna, igual a como sucede en el caso del derecho que harían valer cuando se trata del daño patrimonial y de ahí que, por este aspecto, pueda reclamar resarcimiento aun el hijo por nacer de la víctima.

Un arduo problema se presenta en relación con la medida del daño moral subjetivo, es decir del que no trasciende a la órbita patrimonial, pues, como ha dicho la Corte, no existe un "dolirímetro"

que permita su evaluación en dinero u otros bienes tangibles, por lo que en Colombia se deja al *arbitrium iudicis*, bien que con ciertos límites, en un principio impuestos por aplicación analógica de lo dispuesto para estos casos por el Código Penal (art. 95 del Código de 1936 y art. 106 que rige en la actualidad) y hoy los estima la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, en una cantidad que no debe sobrepasar de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) (ver sentencia de la citada Corporación de diciembre 12 de 1988, ordinario de Hugo Jesús Gallego Marín contra Oscar Lopera y Jorge Valencia).

Y el Consejo de Estado los ha venido señalando como máximo en el equivalente al valor en pesos de 1.000 gramos oro, para los padres por muerte del hijo o para éste por muerte de aquéllos así como para el cónyuge sobreviviente y de 500 gramos oro para los hermanos menores y para los mayores que habiten bajo el mismo techo con la víctima del hecho que ocasiona el daño o hubieren guardado con ella especiales vínculos de afecto o colaboración, aceptando también que se tengan en cuenta factores tales como la muerte o la incapacidad total o parcial de aquella y otras secuelas del accidente en cuestión y en algunas ocasiones se ha llegado hasta promover que se recurra a prueba pericial, como se prohijó en salvamento de voto a sentencia de la Sala de mayo 19 de 1975 (actor: Rosaura Acevedo viuda de Patiño, Anales Segundo Semestre 1975, pág. 413).

Al aplicar al caso de autos los principios someramente expuestos, considera la Sala que anduvo equivocado el *a quo* cuando se negó a que se reconocieran perjuicios morales al hijo menor de la señora Ana Patricia Martínez, quien falleciera como consecuencia del disparo que le propinó un agente de la Policía Nacional cuando con su arma de dotación oficial, en juego inaudito, la disparó contra ella, porque el menor, por su corta edad "carecía de una conciente (sic) capacidad afectiva", pues, como se vio, el resarcimiento de esa especie de daño no encuentra su único fundamento en el sólo dolor que el acto perjudicial pueda inferir, sino que se basa también en el interés que el afectado tiene en la conservación de la vida familiar "como instrumento de sostenimiento moral, como fuente de socorro y de afecto espiritual, que la muerte ha transformado en soledad y desasistencia", como con galanura lo expresa el tratadista italiano Adriano de Cupís, en su obra ya citada (pág. 679), que como atrás se mostró, tiene muy serio fundamento científico.

En consecuencia, se reformará la sentencia apelada y se fijará el monto de la indemnización por este aspecto en el máximo admitido por la jurisprudencia de la Sala, o sea en el equivalente a 1.000 gramos oro fino.

Así mismo, se reformará la sentencia recurrida en cuanto al monto de lo reconocido a los padres, para aumentarlo al equivalente de 1.000 gramos oro para cada uno de los padres, señores Campo Elías Martínez Grijalba y Martha Beatriz Pantoja y de 500 gramos oro para

cada uno de los hermanos de nombre María Elena, Héctor Javier y Nancy Liliana Martínez Pantoja.

2º En cuanto a la decisión del *a quo* sobre pago de intereses a la tasa del 24% anual, sobre las sumas reconocidas como perjuicios, a partir de la ejecutoria del fallo, nada distinto a reformarla se hará, para adecuarla a lo dispuesto por el artículo 177 del C. C., podrá hacer la Sala y así se procederá.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Se confirman los numerales 1º y 2º del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, el día 9 de noviembre de 1988.

Segundo. Se modifican parcialmente los literales b y c del numeral 3º de la sentencia recurrida, en el sentido de aumentar al equivalente de 1.000 gramos oro el valor a pagar a cada uno de los padres de la víctima, señores Campo Elías Martínez Grijalba y Martha Beatriz Pantoja y al de 500 gramos del mismo metal para cada uno de los hermanos de nombre María Elena, Héctor Javier y Nancy Liliana Martínez Pantoja.

Tercero. Se revoca parcialmente el numeral 4º de la misma providencia, y en su lugar se

Resuelve:

Condénase a la Nación colombiana —Ministerio de Defensa—, con cargo al presupuesto de la Policía Nacional, a pagar al menor John Fredy Chávez Martínez por perjuicios morales, el equivalente a un mil gramos oro puro (1.000) al precio que sobre el metal certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Esta condena, así como las de que trata el numeral 3º de la sentencia recurrida, se hace en concreto y todas ellas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria del fallo y moratorios después de este término.

Se confirma el numeral 4º de la sentencia apelada en cuanto deniega perjuicios para la señorita Sonia del Carmen Martínez Pantoja, por no haber otorgado poder a quien dijo, en la demanda, actuar en su nombre.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 16 de noviembre de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PERJUICIOS MATERIALES-Liquidación/SALARIO MINIMO/ LIQUIDACION DE CONDENA

Es cierto que en Colombia existe el llamado salario mínimo legal que consiste en la suma diaria que todo empleador debe pagar, por lo menos, a quien le preste un servicio personal bajo continuada subordinación o dependencia. Pero esto no quiere decir que si el patrono viola la disposición y en la práctica paga menos a su servidor y este perece, la indemnización para quienes se beneficiaban de parte de ese salario real, tenga que elevarse a la suma mínima legal.

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

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5796. Actor: Colombia Díaz de Sierra.

Se decide en grado de consulta sobre el auto de liquidación de la condena en abstracto proferida en sentencia de 16 de diciembre de 1987 de esta Corporación, la cual revocó parcialmente la proferida el 16 de agosto del mismo año dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, auto que lleva fecha de 13 de abril de 1989 (fls. 114 a 116).

I. *La sentencia que se liquidó:*

1º La parte resolutiva pertinente de la sentencia de esta Corporación expresó:

"2. Revócase el ordinal 3º y en su lugar se dispone:

"Condénase así mismo a la citada entidad (se refiere el fallador a la 'Nación colombiana —Ministerio de Defensa Nacional—') al pago de los perjuicios materiales —en abstracto— a favor de la cónyuge sobreviviente señora Segunda Colombia Díaz de Sierra y de sus hijos menores Nancy Milena, Aura Julia, Fredy Mario, Teófilo Leonardo y Daisy Sierra Díaz. Perjuicios que deberán concretarse mediante incidente (art. 308 del C. de P. C.) y con sujeción a las pautas dadas en la motivación" (fls. 47 y 48).

2º Las pautas señaladas fueron las siguientes:

"Como no se pudo establecer el ingreso mensual que recibía el señor Mario Sierra G., como inspector departamental de policía de Cabo Manglares, la condena por perjuicios materiales tendrá que hacerse en abstracto, para su liquidación incidental posterior.

"Para el efecto deberán tenerse en cuenta los ingresos laborales mensuales, de los cuales se entiende que un 25% era utilizado por la víctima en su propia subsistencia y el resto para el sostenimiento de su cónyuge e hijos menores, Nancy Milena, Aura Julia, Fredy Mario, Teófilo y Daisy Sierra Díaz. No se demostró que los mayores, por enfermedad o incapacidad física o mental, dependían de su padre.

"A esos ingresos laborales no podrá adicionárseles suma alguna por el ejercicio de la pesca, ya que la función pública, en principio, es incompatible con el ejercicio de toda actividad comercial lucrativa.

"Para efectos de la liquidación se entiende que el 75% que corresponde al núcleo familiar (la cónyuge y los menores a la muerte del señor Sierra) deberá repartirse así: 50% para la cónyuge y el resto para los menores.

"En la futura liquidación deberán tenerse en cuenta dos períodos indemnizatorios: uno vencido o consolidado desde el 3 de abril de 1984 (fecha de la muerte del señor Sierra G.) hasta la fecha de este fallo (diciembre de 1987), y otro, de indemnización futura desde esta última a la vida probable, bien de aquél, si fuere mayor que su cónyuge, o de ésta, en caso contrario.

"Así mismo deberá entenderse que los hijos no tendrán derecho a esos perjuicios materiales sino hasta la mayor edad (18 años, según la Ley 27 de 1977).

"Como no se pidió la actualización de la condena, ésta no podrá decretarse de oficio.

"Debe acreditarse la asignación mensual del señor Mario Sierra G., como inspector de la Inspección Departamental de Bahía de Cabo Manglares, Municipio de Tumaco (Nariño)" (fls. 46 y 47).

II. *La liquidación demandada:*

El apoderado de los favorecidos con la condena en abstracto solicitó la liquidación de los perjuicios materiales (fls. 1 a 8), así:

a) Por indemnización debida o consolidada, que comprende el período o lapso que va desde el 3 de abril de 1984 (fecha de la muerte del señor Sierra Girón) hasta el 31 de diciembre de 1987 (fecha del fallo definitivo, según el memorialista): $ 539.683.21.

Para llegar a esta cifra, el peticionario descompuso el citado período así:

Abril 3 de 1984 hasta diciembre 31 del mismo año; 8 meses y 27 días, o sean 267 días en total.

Salario mínimo diario para empleados públicos, según el Decreto 3506 de 27 de diciembre de 1983, $ 376.60.
267 × 376.60 menos el 25% = 75.414.15.

Año de 1985:
365 días × 451.92 ("salario mínimo para empleados públicos, según Decreto número 1 de 1985, enero 2") menos el 25% = $ 123.713.10.

Año de 1986:
365 días × 560.38 ("salario mínimo para empleados públicos, según Decreto 3754 de 1985 diciembre 19") menos el 25% = $ 153.404.03.

Año de 1987:
365 días × 683 ("salario mínimo para empleados públicos, según Decreto número 3732 de 1986 diciembre 23") menos el 25% = $ 187.151.93.

b) Por indemnización futura:

Por la vida probable, desde el 1º de enero de 1988 del señor Mario Sierra Girón "según la Tabla Colombiana de Mortalidad establecida por Resolución número 1439 de 1972": 24 años y 3 meses.

Aquí el memorialista multiplica en cada año el número de meses por el último salario mínimo de 1988, según él para empleados públicos y oficiales, y lo incrementa para éste en un 25% sobre el del año 1987 y del año 1989 en adelante, hasta el mes de marzo del año 2013, lo incrementa anualmente en un 15% y deduce el 25%, obteniendo un total de $ 50.698.274.00.

El apoderado de la parte actora pidió igualmente que se tuvieran como pruebas entre otras, el certificado expedido por el "jefe de Archivo General del Departamento de Nariño donde consta tanto el sueldo devengado en 1984 por el señor Mario Sierra Girón, con lo cual acreditó que era empleado público", las declaraciones rendidas dentro del proceso que dio origen a la sentencia, por varios testigos; que se oficiara al notario de Tumaco (Nariño) para obtener copia del registro civil de nacimiento del señor Sierra Girón; que se oficiara al Ministerio de Trabajo para que informara sobre el sueldo de los empleados públicos en los años 1984 a 1989 y sobre el incremento porcentual aproximado de tales sueldos desde 1984 hasta 1989 y cuál había sido el incremento desde 1984 hasta 1988; que se solicitara a la Superintendencia Bancaria que informara sobre la vida probable del señor Sierra Girón; que se practicara un experticio sobre el valor de la indemnización por perjuicios materiales, teniendo en cuenta el fallo

de esta Corporación, y finalmente expresó y pidió: "Como de el (sic) certificado expedido por Archivo General del Departamento de Nariño, se desprende que el sueldo de el (sic) señor Mario Sierra Girón está por debajo del salario mínimo legal, establecido por el gobierno, ofíciese al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en Bogotá para que informe si en un caso como este deverá (sic) nivelarse o no estos sueldos al salario mínimo legal, o cual es el camino a seguir".

III. *Posición de la parte demandada:*

La apoderada judicial de la parte demandada considera que no debe aceptarse la liquidación efectuada por la parte actora porque la correspondiente al período debido o consolidado ha debido hacerse para cada uno de los beneficiarios, con base al 75% del salario mínimo de 1984 actualizado "por el índice de precios al consumidor, desde la fecha de la muerte del esposo y padre de los beneficiarios hasta la fecha del fallo; o hasta cuando alguno de los menores cumplan su mayoría de edad antes del fallo, caso particular del menor Teófilo Leonardo" y para la indemnización futura o anticipada debió haber efectuado la siguiente: Actualizar la renta tanto para la esposa e hijos del occiso; por ser diferentes sus bases, y luego sí proceder hacer (sic) las correspondientes liquidaciones a cada uno de ellos teniendo en cuenta el empleo de la fórmula de las matemáticas financieras "que dada una renta mensual halla un valor presente", con un interés técnico del 0.005 mensual y por los diferentes períodos indemnizables que le correspondan a cada uno, y aplicando tales principios obtuvo un gran total de $ 2.285.826.01 (fls. 23 a 34).

IV. *Prueba de los perjuicios:*

1º Durante la etapa probatoria correspondiente se allegaron las copias solicitadas de los testimonios rendidos por diferentes personas, durante el proceso que dio lugar a la sentencia de cuya liquidación se trata, declaraciones que no juegan ningún papel en este incidente, como quiera que en lo pertinente apenas dan cuenta del trabajo que desempeñaba el señor Sierra G., sin que especifiquen nada sobre el salario devengado, como inspector de policía, y sobre las actividades pesqueras del mismo señor y lo que ganaba con ellas, las que de acuerdo con la sentencia de segunda instancia no pueden tenerse en cuenta para la cuantificación de los perjuicios.

2º Las certificaciones notariales sobre registros de nacimiento, dan cuenta que:

a) El señor Mario Sierra Girón nació el 20 de enero de 1937 (fl. 10).

b) La señora Colombia Díaz Rosero nació el 2 de septiembre de 1943. (fl. 9).

c) El joven Fredy Mario Sierra Díaz nació el 19 de agosto de 1975, o sea que cuando murió su padre tenía una edad de 8 años y 6 meses cumplidos (fl. 130).

d) Las jóvenes Daisy y Aura Julia Sierra Díaz nacieron el 11 de junio de 1973, es decir que cuando murió su padre tenían una edad de 10 años y 9 meses cumplidos (fls. 130 y 133).

e) La joven Nancy Milena Sierra Díaz nació el 9 de febrero de 1970, lo que indica que cuando murió su padre contaba con 14 años y un mes cumplidos de edad (fl. 131).

f) El joven Teófilo Leonardo Sierra Díaz nació el 4 de agosto de 1968, de donde, cuando murió su padre tenía 15 años y 8 meses de edad (fl. 133).

3º Se allegó al expediente la "Tabla Colombiana de Mortalidad de los Asegurados 1955/69 Rentistas", remitida por la Superintendencia Bancaria, de la cual se deduce que la vida probable del señor Mario Sierra Girón, cuando murió era de 28.17 años (fls. 76 a 87).

4º El dictamen pericial rendido de acuerdo con lo pedido en el incidente, indica que en concepto de los expertos los valores a indemnizar son los siguientes:

Por perjuicios causados (o vencidos)	$ 807.560.00
Por perjuicios futuros	4.259.835.00
Total	$ 5.067.395.00

Para llegar a estas cifras los peritos tomaron una expectativa de vida económicamente activa del fallecido, hasta los 60 años de edad, de donde, al haber muerto a los 47 años, le restaban 13 años.

Como ingresos del occiso, tomaron el "salario mínimo autorizado por la ley para 1989" y asumieron "un incremento constante del 27%, porcentaje aprobado por éste (sic) mismo año por el Gobierno nacional.

Determinaron "los valores futuros en forma mensual y anual" y descontaron "el 25% dispuesto por el honorable Consejo de Estado" y en esta forma hicieron un cálculo año por año, durante 13 años, a partir de diciembre de 1987 "fecha en que el poder judicial encontró viable la indemnización a favor de Colombia Díaz y otros". Para cada año redujeron la cantidad obtenida al valor presente aplicando la fórmula:

$$\text{Valor presente} = \frac{F\ (1)}{(1 + i)^n}$$

En la cual F es el valor futuro; i el interés (y asumieron que era del 24%, como "Tasa de interés justa para la actualización de valores") y n, el número de períodos (que para 1989 fue, entonces, de 1, para 1990 de 2 y así sucesivamente hasta el año 2000 (fl. 94 a 97).

Del dictamen pericial se corrió traslado a las partes sin que ninguna la objetara (fls. 99 y 104) y mediante auto de 24 de febrero de 1989, de oficio ordenó a los peritos que lo ampliaran y adicionaran "en el sentido de determinar el monto de la indemnización por los perjuicios materiales que corresponden a los beneficiarios, cónyuge y cada uno de los cinco hijos del difunto; teniendo en cuenta la edad de cada uno y las circunstancias personales, tomando como base los guarismos por ellos determinados en forma global, tanto para la indemnización debida como para indemnización futura que individualmente les corresponda" (fl. 107), lo que fue obedecido por los expertos, quienes señalaron entonces las sumas individuales que en su concepto deberían pagarse a cada uno de los beneficiarios, teniendo en cuenta para cada uno de los menores el tiempo que les faltaba para llegar a la mayoría de edad. Hecha la discriminación correspondiente, llegaron a las mismas cifras totales atrás indicadas.

5º El Ministerio de Trabajo envió fotocopia de los Decretos 2545 de 31 de diciembre de 1987 y 2662 de 24 de diciembre de 1988 "mediante los cuales se establece el salario mínimo legal para los años de 1988 y 1989 respectivamente" y en su nota remisoria, comunicó al Tribunal *a quo* que "este despacho considera que no es competente para pronunciarse sobre la nivelación del salario del demandante con el salario mínimo legal vigente".

6º El apoderado de los actores acompañó al memorial de liquidación un certificado del jefe de Grupo número 1 del Archivo General del Departamento de Nariño en donde consta que el señor Mario Sierra prestó servicios al departamento en calidad de inspector de policía de Cabo Manglares del municipio de Tumaco y sobre los sueldos devengados desde el mes de enero de 1982, y en donde aparece que para abril de 1984 devengaba $ 2.715.00 (fls. 108 y 109).

V. *La providencia liquidatoria:*

Por auto de 13 de abril de 1989 el Tribunal Administrativo de Nariño decidió el incidente de liquidación (fls. 114 a 116), en donde luego de criticar la liquidación presentada por la parte actora y compararla con la efectuada por la parte demandada, expresa que "el Tribunal encuentra más justa y equitativa la liquidación realizada por los señores peritos que actuaron en el incidente y la acoge (sic) en su totalidad, ya que se ciñe a las reglas de las matemáticas financieras aplicadas a las circunstancias especiales del proceso y de los beneficiarios con relación al causante Mario Sierra Girón".

VI. *La consulta:*

1º Corrido el traslado de rigor a las partes, durante el grado de consulta el apoderado de los actores pide que aun cuando considera que el monto ordenado a pagar por el Tribunal *a quo* debió ser mayor, se resuelva el caso "dando por terminado (el) proceso en forma favorable a los intereses de mis patrocinados, ya que con dicho dinero podrán resolver en parte su situación económica de por sí desastrosa causada por la muerte de su esposo y padre" (fl. 119).

2º La apoderada judicial de la Nación, en cambio, pide "se revoque el auto consultado y en su lugar se realice una liquidación acorde con el verdadero sueldo y teniendo en cuenta las pautas señaladas en la sentencia de 16 de diciembre de 1987", pues critica la liquidación realizada por los peritos, tanto porque "tuvieron en cuenta el salario mínimo de 1989, cuando de acuerdo con el certificado que aparece al folio 4, el salario que devengaba era de $ 2.715.00 y alega que "El ente demandado al efectuar la liquidación tomó el salario mínimo de 1984, porque no sabía realmente cuál era el sueldo del occiso".

3º El colaborador fiscal de esta Corporación en su vista de rigor conceptúa que debe revocarse la providencia consultada y realizarse una nueva liquidación pues ni la de las partes ni la pericial, esta última acogida, como se dijo, por el Tribunal, son aceptables por no haber tenido en cuenta el último salario que efectivamente devengaba el señor Sierra Girón, sino el salario mínimo legal, de diferentes años.

VII. *Consideraciones de la Sala:*

1º Sabido es que el perjuicio que se indemniza es el cierto, es decir, el real o efectivo y no el eventual o hipotético.

Por esto, cuando se trata de un asalariado, cuyo ingreso se conoce exactamente, no puede pretenderse que la liquidación del perjuicio que sufren quienes se benefican con dicho salario, por la muerte injustificada de quien lo percibe, se haga tomando como monto una cuantía distinta de la que efectivamente se pagaba, pues entonces ya no se estaría indemnizando el perjuicio real o efectivo sino el eventual, o el hipotético, el que se cree que debería ser y no el que debe ser.

2º Aparte de lo anterior, en la etapa liquidatoria de una condena en abstracto no puede partirse de meras suposiciones sino que, como se trata simplemente de cuantificar el daño sufrido, cuya realidad ya encontró el sentenciador, el juez no puede apartarse de las pautas que él mismo señaló a las partes y especialmente a la perjudicada, para que acreditara dicha cuantía.

3º Por lo expuesto, en esta etapa no cabe acreditar otros perjuicios distintos de los demostrados en el juicio ni alegar que los demos-

trados deben ser diferentes a la realidad, alegando, por ejemplo, que la víctima devengaba un determinado salario pero que él ha debido ser mayor por cualquiera razón.

Es cierto que en Colombia, como en otros países, existe el llamado salario mínimo legal que consiste en la suma diaria que todo empleador debe pagar, por lo menos, a quien le preste un servicio personal bajo continuada subordinación o dependencia. Pero esto no quiere decir que si el patrono viola la disposición y en la práctica paga menos a su servidor y éste perece, la indemnización para quienes se beneficiaban de parte de esa salario real, tenga que elevarse a la suma mínima legal. Y no es así, se repite, porque en una acción indemnizatoria no se trata de recobrar lo que hubiera podido tener, sino lo que se tuvo (daño emergente) y lo que se espera tener (lucro cesante), pero partiendo de la base insustituible que eso que ciertamente se tuvo.

No contraría lo anterior el que se tome el salario mínimo, cuando se sabe que la víctima era un asalariado, pero durante el incidente liquidatorio no se logra demostrar que devengaba un sueldo o un jornal distinto, por que en este evento es lógico presumir que por lo menos ganaba ese salario. Pero cuando esa presunción está desvirtuada con la prueba de lo efectivamente percibido, mal haría el juzgador al desechar la realidad para asumir lo que no se conforma con ésta; es que, se repite, la acción indemnizatoria no tiene por objeto discutir la legalidad o ilegalidad de dicho salario sino el perjuicio sufrido por quienes se beneficiaban con él y, en la etapa liquidatoria, ni siquiera se trata de establecer la realidad del perjuicio, sino sólo de determinar su cuantía.

Además, en el sector oficial, debe recordarse, la escala de sueldos o salarios está fijada por la ley y por consiguiente, nunca se presenta el caso de discutir la aplicabilidad o no de un determinado salario mínimo.

4º Todo lo anterior, pues, sirve para explicar por qué, la Sala no podrá tomar como base de la cuantificación del daño material sufrido por los actores el salario mínimo sino el que se demostró, por ellos mismos que efectivamente devengaba quien lo percibía y que pereció por la falla del servicio que dio lugar a la declaración de responsabilidad de la Nación —Ministerio de Defensa— que hizo el *a quo* y que confirmó esta Corporación en su fallo de 16 de diciembre de 1987.

5º Erró, pues, el Tribunal de Nariño, cuando en su providencia de 13 de abril de 1989 liquidó los consecuenciales perjuicios materiales acogiendo el experticio practicado durante el incidente liquidatorio, porque éstos tomaron como ingreso de la víctima el salario mínimo y no el que se demostró que la víctima realmente percibía del Estado (fls. 11 y 12), como inspector de policía de Cabo Manglares del municipio de Tumaco, en el momento de su fallecimiento, o sea la suma

de $ 2.715.00 por mes, con lo cual, además, se apartaron no sólo de la realidad sino de las pautas que la Sala señaló en su precitada sentencia de 16 de diciembre de 1987.

Se reformará, pues, el auto recurrido, teniendo en cuenta además, que la Sala conoce de él no sólo en virtud de la apelación interpuesta por los actores sino también en grado de consulta.

VIII. *Liquidación:*

1º Hechas las precisiones, la Sala procede a hacer la liquidación que corresponde así:

a) Ultimo salario del señor Mario Sierra $ 2.715.00. De este salario, de acuerdo con la sentencia de la Sala, se toma el 75%, o sean $ 2.036.25.

b) Fecha del nacimiento del señor Mario Sierra: 20 de enero de 1937 (fls. 10 y 134).

c) Fecha del fallecimiento del señor Mario Sierra: 3 de abril de 1984. (fl. 39).

d) Vida probable del señor Mario Sierra: 28.17 años, es decir: 338.04 meses (numeral 3º del Capítulo IV Pruebas de los perjuicios), menos 45 meses, entre la fecha de la muerte y el mes de diciembre inclusive, de 1987, esta para efecto del cálculo de la indemnización futura, o sean 293.04 meses.

e) Fecha en la cual la hija Nancy Milena Sierra Díaz cumplió 18 años de edad 9 de febrero de 1988 (fl. 131).

f) Fecha en la cual las hijas menores Daisy y Aurora Julia Sierra Díaz cumplirán 18 años de edad: 11 de junio de 1991 (fls. 130 y 133).

g) Fecha en la cual el hijo Teófilo Leonardo Sierra Díaz cumplió 18 años de edad: 4 de agosto de 1986 (fl. 133).

h) Fecha en la cual el hijo menor Fredy Mario cumplirá 18 años de edad: 19 de agosto de 1993 (fl. 130).

i) Indemnización vencida o consolidada: Se toma el período comprendida entre el 3 de abril de 1984 y el 16 de diciembre de 1987, o sean 44 meses y 13 días.

Para este período se aplicará la fórmula:

$$S = R \frac{(1 + i)^{n-1}}{i}, \text{ en donde}$$

S = La indemnización que se busca.
R = Es la renta mensual, o sean $ 2.036.25.
i = El interés técnico del 0.004867.

n = Las mensualidades que comprende el período indemnizatorio, o sean 44.4333 meses.

De donde:

$$S = 2.036.25 \frac{(1 + 0.004867)^{44.43-1}}{0.004867} = \$ 50.367.43$$

Esta indemnización se pagará a la cónyuge sobreviviente en un 50% y a sus hijos Nancy Milena, Aura Julia, Fredy Mario, Teófilo Leonardo y Daisy Sierra Díaz, en el otro 50%.

j) Indemnización futura o consolidada:

Para la cónyuge supérstite, que por su menor edad en relación con la de su esposo, la recibe por todo el período comprendido entre el mes de enero de 1988 y el término de su vida probable, o sea el mes de enero del año 2.000 (o sean, meses).

$$S = 1.018.12 \frac{(1 + 0.004867)^{293.04} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{293.04}} = \$ 158.764.31$$

Como a la fecha de la sentencia de 16 de diciembre de 1987, uno de los hijos, Teófilo Leonardo, había cumplido la mayor edad, el 50% de perjuicios materiales deberán distribuirse para los otros cuatro hijos o sea 254.53 para cada uno de ellos, así:

1. Para Fredy Mario Sierra Díaz por el período comprendido entre el 17 de diciembre de 1987 y el 19 de agosto de 1993, fecha cuando llegará a la mayor edad, o sean 68.133 meses.

Fórmula:

$$S = R \frac{(1 + i)^n - 1}{i\ (1 + i)^n}$$

Con base en la definición de la fórmula será:

$$S = 254.53 \frac{(1 + 0.0048675)^{68.133} - 1}{0.0048675\ (1 + 0.0048675)^{68.133}} = 14.729.52$$

2. Para las hijas Daisy y Aurora Sierra Díaz por el período comprendido entre el 17 de diciembre de 1987 y el 11 de junio de 1991, fecha en la cual cumplirán 18 años de edad, o sean 41.867 meses.

Se reemplaza:

$$S = 254.53 \frac{(1 + 0.0048675)^{41.867} - 1}{0.0048675\ (1 + 0.0048675)^{41.867}} = 9.619.66 \text{ para cada una}$$

3. Para la hija Nancy Milena Sierra Díaz por el período comprendido entre el 17 de diciembre de 1987 y el 9 de febrero de 1988 fecha en la cual cumplió 18 años de edad, o sean 1.8 meses.

Donde:

$$S = 254.53 \frac{(1 + 0.0048675)^{1.8} - 1}{0.0048675\ (1 + 0.0048675)^{1.8}} = 455.05$$

Por lo expuesto, la Sala,

Resuelve:

Liquídase en concreto la condena hecha en abstracto en el numeral 2º de la sentencia de segunda instancia de fecha 16 de noviembre de 1987, proferida en el proceso de la referencia. En consecuencia, la Nación colombiana —Ministerio de Defensa Nacional—, deberá pagar lo siguiente: a) a la señora Segunda Colombia Díaz de Sierra y a sus hijos Nancy Milena, Aura Julia, Fredy Mario, Teófilo Leonardo y Daisy Sierra, por concepto de indemnización vencida o consolidada, la suma de $ 1.317.299.30, entendiéndose que un 50% corresponde a la señora de Sierra y el otro 50%, a los citados hijos; b) la suma de $ 158.764.31, a la cónyuge sobreviviente señora Segunda Colombia Díaz de Sierra, por concepto de indemnización futura o consolidada; c) La suma de $ 14.729.52 para Fredy Mario Sierra Díaz, representado por su madre Segunda Colombia Díaz de Sierra; d) La suma de $ 9.619.66 para Daisy Díaz y la suma de $ 9.619.66 para Aurora Sierra Díaz, ambas representadas por su madre Segunda Colombia Díaz de Sierra; y e) a Nancy Milena Sierra Díaz, quien ya es mayor de edad, la suma de $ 455.05.

Las cantidades así determinadas devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria del presente auto y moratorios después de este término y hasta cuando se efectúe su pago.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 23 de noviembre de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

VIA DE HECHO/FALLA DEL SERVICIO

Para que pueda hablarse de vía de hecho, debe estar claro ante los ojos del juzgador que la actuación administrativa se ejercitó sin facultad legal, o sin el respeto del procedimiento que para dicho obrar ha establecido la ley. Presentándose una u otra hipótesis, se da la falla del servicio. En caso de no configurarse la vía de hecho, deberá demostrar el actor que el hecho o la operación administrativa, sin que se conviertan en vía de hecho, son sin embargo constitutivos de falla del servicio.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/FALLO INHIBITORIO-Improcedencia

A partir del momento en el cual el actor se ubica en la acción de reparación directa y cumplimiento, se obliga al juez administrativo a pronunciarse sobre dicho extremo de la litis, siendo por tanto improcedente una sentencia inhibitoria. Considera la Sala que se deberá revocar la sentencia apelada, y proceder al estudio del fondo del asunto.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Colaboró: *Doctor Juan Carlos Henao Pérez.*

Referencia: Expediente número 4964 (199). Actor: Funeraria Medellín Ltda. Demandado: Municipio de Medellín.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de julio 16 de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, quien se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo en el asunto de la referencia.

Fundamentos del fallo recurrido:

Para llegar a la conclusión anotada, estudió en primer término el *a quo* la supuesta nulidad que se presentaba en el proceso, invocada

por la representante judicial de la entidad demandada, en el sentido de que no tuvo competencia el Tribunal para conocer del proceso, puesto que "las resoluciones impugnadas, han sido proferidas en juicio policivo" (fl. 421, cdno. 1) debiéndose por tanto haber aplicado el artículo 82, inciso final del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual "la jurisdicción en lo contencioso administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil, ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario".

Consideró al respecto el Tribunal, que no se presentó la nulidad invocada, puesto que "En el caso que se estudia la Inspección Veintiocho de Policía, procedió a decomisar preventivamente una licencia de funcionamiento y adelantó un procedimiento administrativo teniendo como base la velación de cadáveres en un sitio o lugar autorizado como funeraria y no como sala de velación actividad que necesita permiso especial, procedimiento que concluyó con proveído, cuya nulidad se cuestiona y que determinó la suspensión de la licencia por 25 días y el cierre del establecimiento por el mismo término" (fl. 426, cdno. 1). Por lo tanto "siendo como lo es el asunto considerado por la Inspección Veintiocho de Policía una contravención administrativa, los actos que se produjeron en el ejercicio del poder de policía son también de naturaleza administrativa por lo que el control de su legalidad compete a la jurisdicción contencioso administrativa y por ende a este Tribunal (*ibídem*).

Despejando el camino de la nulidad, consideró el Tribunal que en el caso de autos se presentó el fenómeno de la inepta demanda, por los motivos siguientes:

> "Toda la actuación de la Inspección Veintiocho de Policía desde el decomiso de la licencia de funcionamiento pasando por la suspensión y la orden de cierre del establecimiento del local de la 'funeraria' se condensó en resoluciones administrativas que conoció e impugnó, oportunamente la afectada, agotando así la vía gubernativa. Lo razonable entonces era, que para que se restableciera el derecho aparentemente violentado se pidiera su anulación y esta se decretara porque se demostró su ilegalidad.
>
> "Como no fue ese el rito que marcó la demanda, ni fue esa la trayectoria que recorrió, pecó de inepta y su fin será la inhibición, la que se declarará a continuación" (fls. 428 y 429, cdno. 1).

Los argumentos del impugnante:

En su libelo apelatorio considera el recurrente que no asiste razón al fallo del *a quo*. Para sustentar su posición, luego de hacer un

recuento de la situación fáctica del proceso así como de los deberes incumplidos por la administración, arguyó:

"Estos deberes dejados de cumplir por la administración desde el momento en que la sociedad demandante Funeraria Medellín Limitada, conociendo de la vigencia de un nuevo estatuto departamental, que imponía requisitos a su actividad, formuló la solicitud de licencia de funcionamiento, artículo 309 del Decreto 1637 de 1983 (octubre 1º). Y presentó las alternativas para ajustarse a los nuevos requisitos a Planeación (art. 308, numeral 1º) y 312.

"Ambas dependencias pretermitiendo los términos (60 días); la licencia de funcionamiento 295 vigente hasta agosto 31 de 1984 otorgada por la autoridad competente antes del Decreto ordenanzal 1637 de 1983 y sin resolver de fondo las solicitudes, omitió el cumplimiento de un deber que hoy se le exige.

"No podrá la sociedad demandar, pedir la nulidad, puesto que una *actuación* en el tiempo compuesta por actos, hechos y vías de hecho y omisiones no puede pedirse la nulidad como *actuación* múltiple y por ello las pretensiones de la demanda se centraron en el núcleo normativo del artículo 86 del C.C.A. 'Además, no dice la ley, que es acumulación indebida si se dan las tres gamas o categoría como en el caso presente, pues es el mismo juez, el mismo procedimiento, aún las mismas partes, las pretensiones no se excluyen entre sí, pues la norma las trae en el mismo texto, o sea que sí se prueban los presupuestos que generaron:

"1º El restablecimiento del derecho: Explotación comercial de una actividad mercantil lícita.

"2º La reparación del daño: Por haberse decomisado la licencia y cerrado el establecimiento comercial desde el mismo (21 de octubre de 1984), teniendo permiso (licencia) vigente hasta el 31 de agosto de 1984.

"3º El cumplimiento de un deber que la administración elude: Decidir sobre las alternativas que se presentaron a Planeación Municipal para ajustar la sala de velación a los requisitos del Decreto 1637 de 1983 (octubre 1º). Y el comité de establecimientos abiertos al público cumplir (sic) con el deber que le impone el artículo 308 del Decreto *ídem*.

"Luego no tiene razón alguna, el honorable Tribunal contencioso administrativo de Antioquia al decir que hubo acumulación indebida de acciones: 'Pues no tengo la culpa de que el legislador haya consagrado una norma expresa que denomina «Reparación directa y cumplimiento»' (art. 86, C.C.A.).

"La persona: Funeraria Medellín Limitada que acredita el interés: se tipificó la pretensión, podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho, apertura del establecimiento comercial cerrado desde el 21 de octubre de 1983.

"2º Reparación del daño: 'Patrimonial sufrido por el cierre del establecimiento comercial y

"3º 'El cumplimiento de un deber que la administración elude'.

"Omitió la administración el estudio y la decisión sobre los documentos para adecuar el establecimiento comercial existente antes de la nueva reglamentación y con su licencia número 295 vigente.

"Nunca la administración solicitó la nulidad judicial de la resolución 295 que otorgaba derechos subjetivos a la sociedad demandante" (fl. 440, cdno. 1).

Apoya por lo demás el recurrente su posición jurídica en sentencias de la Sección Tercera (abril 25 de 1986; sentencia de 1961 con ponencia del doctor Carlos Gustavo Arrieta) que, según el libelista, afirman que "lo que determina la naturaleza de la acción *son los fines del actor*" (fl. 434, cdno. 1).

La réplica de la contraparte:

Considera el apoderado judicial de la entidad territorial demandada, que la sentencia del *a quo* debe ser confirmada. Para ello estima en primer término que de buena manera la sentencia apelada decidió que "el restablecimiento del derecho aparentemente violado se debió buscar por la vía de la anulación para obviar la ineptitud de la demanda", pero que, en segundo término, así la situación anterior fuere obviada "es innegable que el señor alcalde de Medellín en todo momento actuó ajustándose a las normas legales vigentes" (fl. 449, cdno. 1), puesto que:

"1º Mientras se aplicó el Decreto 1092 de 1980 a la Funeraria Medellín, se le concedió por parte de la Secretaría de Salud licencia de funcionamiento para *funeraria,* vigencia por un año y renovable cada año si se cumplían los requisitos allí enunciados.

"2º No tenía la Funeraría Medellín licencia de funcionamiento para Sala de Velación conforme lo demanda el Decreto 451 de 1982.

"3º Desde el 1º de octubre de 1983, fecha en que empezó a regir el Código de Policía, para el Departamento de Antio-

quia (Decreto 1637 de 1983) la Funeraria Medellín debió haber tramitado ante el Comité de Establecimientos Abiertos al Público la licencia de funcionamiento para la sala de velación cumpliendo necesariamente con los requisitos exigidos para tal fin y en cuanto a la funeraria en sí, debió proceder en igual forma" (*ibídem*).

Concepto del Ministerio Público:

En concepto obrante a folios 452, 456 del cuaderno uno, solicita la Fiscal Segunda de la Corporación, que se confirme la sentencia estudiada.

Luego de recordar cómo la demanda fue corregida en su oportunidad por la actora, en el sentido de que ya no se acusaba el acto administrativo que suspendía sus servicios sino que se pedía reparación directa por el procedimiento policivo llevado a cabo por el municipio, estimó la señora fiscal que al no explicar la actora en qué consistió la ilegalidad o la irregularidad del proceso policivo la demanda corregida quedó incompleta a tal punto que no es claro precisar la pretendida ilegalidad del llamado "procedimiento policivo" (fl. 455, cdno. 1).

Por otra parte, conceptúa que "hay que aclarar que el llamado procedimiento policivo se llevó a cabo por el Inspector Veintiocho Municipal, de acuerdo con lo establecido en el Código de Policía, y terminó con la providencia de fecha noviembre 9 de 1983 (fl. 57) imponiendo la sanción.

"Por la naturaleza del asunto y la forma en que se tramitó ante la inspección, la providencia del inspector que impuso la sanción, consistente en la suspensión de la licencia de funcionamiento de la Funeraria Medellín, no puede calificarse de acto administrativo.

"Del Decreto 1637 de 1983, Código de Policía de Antioquia (arts. 284 y ss., art. 478 y ss., art. 587 y ss.) del cual aparece un ejemplar al folio 3 del expediente, se infiere que la naturaleza del asunto, el trámite seguido y la sanción impuesta por el inspector de policía, se trata de un asunto jurisdiccional de policía y no de un acto administrativo.

"La providencia de noviembre 9 de 1983 que definió el asunto y de la cual aparece copia al folio 57, termina diciendo: '...En mérito de lo anteriormente considerado la Inspección Veintiocho Municipal de Policía, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Resuelve...

"Tenemos pues que el procedimiento de policía que se dice fue ilegal y que está compuesto de actos, hechos, llamado también operación administrativa para acudir a reclamar perjuicios, fue realmente un proceso de naturaleza jurisdiccional policivo de los establecidos en el Código del departamento y sobre los cuales esta jurisdicción contenciosa administrativa no puede conocer por expresa prohibición del artículo 82 del C. C. A., inciso final.

"En cuanto al hecho del cierre definitivo, que también se señala en la demanda y que podría considerarse una actuación administrativa, ya que fue ante la Secretaría de Gobierno que se tramitó la licencia de funcionamiento solicitada por la Funeraria Medellín Ltda., este despacho se permite observar, que el trámite de solicitud de licencia, se resolvió en forma negativa mediante Resolución número 112 de 1984 (febrero 20), acto este que no fue demandado. Copia del mismo aparece anexada al folio 171 del expediente" (fls. 455-456, cdno. 1).

Consideraciones de la Sala:

Para la Sala se encuentran debidamente ameritados los siguientes hechos:

1º La sociedad "Funeraria y Ebanistería Medellín Limitada" fue constituida el 6 de julio de 1950, mediante escritura pública número 2470, otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Medellín, con el objeto social de prestar servicios funerarios y de ebanistería (fl. 30, cdno. 1).

2º El 2 de septiembre de 1977, mediante escritura 2898 otorgada ante la Notaría 11 del Circuito de Medellín, se constituyó la sociedad "Funeraria Medellín Limitada", con el objeto social de explotar servicios funerarios en general (fl. 34, cdno. 1). La representación de la sociedad quedó en manos de su gerente, señor Jesús Oquendo P. (fl. 36, cdno. 1).

3º La mencionada sociedad fue debidamente inscrita, el 28 de septiembre de 1977, en la Cámara de Comercio de la ciudad de Medellín (fl. 1, cdno. 1).

4º El 14 de diciembre de 1981, mediante oficio número 22042, el Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos de la ciudad de Medellín, dio respuesta al memorial número 05928 del 19-X-81 suscrito por el señor Jesús Oquendo, informándole que la reforma y adición en el primer piso del local ubicado en la calle 39-C número 73-115, ha sido aceptada. Se advierte que dicha aceptación es "únicamente para construcción", y que "su destino o uso deberá solicitarse posteriormente" (fl. 40, cdno. 1).

5º El 16 de mayo de 1982 la Secretaría de Salud y Bienestar Social de Medellín, división de saneamiento ambiental, profiere la Resolución número 295, en virtud de la cual resuelve, de conformidad con el Decreto 1092 de 1980, conceder por el término de un (1) año "licencia de funcionamiento al establecimiento Funeraria Medellín que funciona con todos los servicios propios de esta actividad en la calle 39-C número 73-115" (fl. 53, cdno. 1).

6º La resolución citada en el numeral anterior fue proferida con posterioridad a la inspección ocular realizada por funcionarios del despacho al precitado establecimiento, constatándose "que cumple con los requisitos consignados en el Decreto 1092 de 1980" (fl. 53 y 288, cdno. 1).

7º El 14 de diciembre de 1982 Funeraria Medellín Limitada, refiriéndose a la Resolución 295 citada, solicita "se nos dé concepto favorable para el servicio integrado anteriormente mencionado" (funeraria y sala de velación), habida consideración de que "la misma resolución emanada de la honorable junta anterior, se excepcionaba la utilización del inmueble como *sala de velación*" (fl. 248, cdno. 1).

8º El 23 de febrero de 1983 el Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos de la ciudad de Medellín, Comité de Asuntos Especiales "estudió nuevamente la solicitud presentada por ustedes, en la cual insisten en que se les permita el funcionamiento de una sala de velación en la calle 39-C número 73-115 (parque de Laureles). Al respecto unánimente acordó ratificar lo decidido por la honorable junta en varias oportunidades, es decir sólo se admite oficina y venta de "cofres" por catálogo, no sala de velación, ni "arreglo de cadáveres". Advierte además el oficio que "en caso de infringir con lo autorizado, se cancela el permiso otorgado" (fl. 247, cdno. 1).

9º El 17 de octubre de 1983 la Inspección Veintiocho Municipal de Policía de Medellín se traslada a la calle 39-C número 73-115, constatando "que realmente funciona es como sala de velación únicamente pues allí no se encontraban cajas mortuorias", y que en ese momento se estaba velando un cadáver (fl. 45, cdno. 1).

10. Con ocasión de la visita señalada en el numeral anterior, la Inspectora Veintiocho de Policía decomisa la licencia de funcionamiento para la Funeraria Medellín (fl. 57, cdno. 1).

11. El 9 de noviembre de 1983 la Inspección Veintiocho Municipal de Policía de Medellín resuelve "suspender por el término de veinticinco días la licencia de funcionamiento para la Funeraria Medellín, situada en la calle 39-C número 73-115, lo cual conlleva cierre del local por el mismo tiempo, por hallarse como infractor al Decreto 1355 de 1970, en su artículo 214, numeral 2º". Esa determinación se tomó habida consideración de que "si bien es cierto la Funeraria Medellín tiene en la actualidad licencia para funcionar no lo es menos que

tanto en la antigua codificación, Decreto 1092 de 1980, en su artículo 16, numeral 1º, prohíbe la velación de cadáveres, como el actual Código Departamental de Policía, Decreto 1637 de 1983, en su artículo 297, numeral 1º, es decir, que la mencionada entidad ha confundido los servicios que puede prestar, pues para la velación de cadáveres se requiere es licencia como sala de velación únicamente, no como funeraria puesto que ésta presta servicios diferentes como lo es la venta de cajas mortuorias, preparación de cadáveres, etc., y la otra únicamente para la velación (fl. 58, cdno. 1).

12. A raíz de la decisión citada en el numeral anterior, se inicia un largo camino de disputas jurídicas entre la actora y la inspección, que puede ser sintetizado de la siguiente manera:

a) El 12 de noviembre de 1983 Funeraria Medellín Limitada, por intermedio de apoderada judicial, interpone recurso de reposición contra la precitada resolución de noviembre 9 de 1983, proferida por la Inspección Veintiocho Municipal de Policía (fls. 61 y ss., cdno. 1).

b) El 14 de noviembre de 1983 la actora formula incidente de nulidad en el proceso policivo (fls. 74 y ss., cdno. 1).

c) El 6 de diciembre de 1983 la Inspección Veintiocho no accede a la reposición interpuesta (fl. 79, cdno. 1).

d) Como la actora solicitara se diese trámite al incidente de nulidad propuesto (fl. 85, cdno. 1), la inspección de policía consideró que no es del caso tal trámite puesto que "si se observa el artículo 511 del Decreto Departamental 1637 de 1983 éste se refiere a las querellas civiles de policía, no a las contravenciones, las que se rigen por el Decreto 1355 de 1970, cual es el caso que nos ocupa y donde el procedimiento a seguir es el contemplado en el artículo 228 *ibídem*, no siendo susceptible del incidente alegado por la apoderada" (fl. 88, cdno. 1).

e) La providencia citada en el literal anterior se recurre en apelación por la actora y en subsidio, en queja (fls. 88 y 89, cdno. 1).

f) Luego de haberse expedido constancia secretarial, de fecha 27 de diciembre de 1983, en la cual se afirma que la representante legal de la funeraria "no se ha vuelto a presentar al despacho con el fin de suministrar lo necesario para compulsar las copias para el recurso de queja" (fl. 97, cdno. 1), la inspectora declara, el 12 de enero de 1984, desierto el mencionado recurso (fl. 100, cdno. 1).

g) En escrito presentado el 3 de febrero de 1984 la actora solicita se anule "toda la actuación desde la notificación e inclusive hasta la denegatoria del recurso de queja por pretermitir el debido proceso" y agrega: "Denegar la solicitud de revocación por nulidad procesal interpongo el recurso de apelación para ante el señor gobernador por intermedio de los jueces de policía" (fl. 101, cdno. 1).

h) El 6 de febrero de 1984 la Inspección Municipal de Policía no da trámite a lo solicitado por la actora, pues "en el caso que nos ocupa se trata de una providencia debidamente ejecutoriada, por consiguiente cosa juzgada" (fl. 105, cdno. 1).

13. El 2 de enero de 1984 mediante oficio número 013, la inspectora de policía solicita al "jefe del departamento de S. C.", se desfijen los sellos impuestos al establecimiento de Funeraria Medellín situado en la calle 39-C número 73-115, por cuanto ya cumplió la sanción (fl. 98, cdno. 1).

14. El 3 de enero de 1984 se hace presente a la inspección el señor Jaime Humberto Oquendo Zapata a quien se le entrega la licencia de funcionamiento que había sido decomisada (fl. 99, cdno. 1).

15. Paralelamente al proceso policivo, la actora inicia una serie de gestiones ante el Comité de Establecimientos Abiertos al Público de la ciudad de Medellín, con el objeto de obtener licencia para la sala de velación en comento, que se desarrolló de la siguiente manera:

a) El 21 de noviembre de 1983 se solicita licencia de funcionamiento y patente para la sala de velación (fl. 158 y ss., cdno. 1).

b) El 23 de enero de 1984 la funeraria presenta ante el comité las diferentes alternativas para adecuar el servicio de sala de velación, adicionando así la solicitud referida en el literal anterior (fls. 166 y ss.).

c) El 20 de febrero de 1984 el Comité de Establecimientos Abiertos al Público niega la citada solicitud, por cuanto el establecimiento "no cumple con los numerales 7, 9 y parágrafo del artículo 315 del Decreto Departamental 1637 de 1983, a saber: 1º tiene medianería con edificaciones residenciales. 2º No dispone de un cuarto de descanso o reposo con un área mínima de veinte (20) metros. 3º No tiene parqueadero integrado a la edificación" (fl. 174, cdno. 1).

d) El 27 de febrero de 1984 la actora interpone recurso de reposición contra la resolución anterior (fls. 179 y ss.).

e) El 21 de marzo el comité no repone su resolución, y hace saber al interesado que contra esta nueva decisión no procede ningún recurso, quedando por tanto agotada la vía gubernativa (fl. 196, cdno. 1).

16. El 10 de julio de 1984 la actora solicita la renovación de la licencia número 295 de mayo 16 de 1982, la cual es aprobada por la Oficina de Planeación Metropolitana, pero "con las restricciones antes anotadas" respecto del local ubicado en la calle 39-C número 73-115, es decir para funcionar, como oficinas y venta de cajas por catálogo únicamente (fls. 202 y 203, cdno. 1).

17. El 9 de febrero de 1984 la Procuraduría 1ª Regional de Medellín, luego de haber adelantado "investigación por supuestas irregularidades en la tramitación del cierre de casas de velación y una funeraria, ordenado por la Inspección Veintiocho de Policía", resuelve "no abrir investigación disciplinaria" (fls. 228 a 231, cdno. 1).

18. El 6 de noviembre de 1984 el Tribunal Administrativo de Antioquia, en Sala Unitaria, realiza inspección judicial al lugar donde se encontraba la sala de velación, constatando tal como lo afirma el señor Luis Fernando Oquendo, que para dicha fecha "la casa donde funcionaba antes la sala de velación de la Funeraria Medellín compuesta de cuatro salones y con sus respectivos servicios está destinada en la actualidad exclusivamente al funcionamiento de la administración de la Funeraria Medellín que opera en el centro de la ciudad y dedicada a la venta de cofres y en general servicio funerario" (fl. 284, cdno.1).

Frente a la situación fáctica que se ha dejado descrita, considera la Sala pertinentes las siguientes consideraciones:

1. *La acción escogida por la sociedad actora:*

Debe en primer término anotar la Sala que la actora, a raíz del auto proferido por el *a quo* en el sentido de que se corrigiera la demanda (fl. 121, cdno. 1) optó por buscar la protección de sus supuestamente vulnerados derechos, con amparo en la acción de reparación directa y cumplimiento (fl. 122, cdno. 1).

En su escrito que corrige la demanda, expresó la actora:

> "La acción que se invoca es la de *reparación directa y cumplimiento* que contempla el artículo 86 del Decreto 01 de 1984, y por lo tanto a la misma se le dará el trámite especial previsto en el título XXVI, Vsp. II, del Libro IV, artículo 217 y siguientes que trata de los procesos relativos a contratos, y de los de reparación directa y cumplimiento del mencionado decreto.
>
> "Lo anterior por cuanto todo el procedimiento policito (sic) llevado a cabo por el Municipio de Medellín, a través del Comité de Establecimientos Abiertos al Público, el Secretario de Gobierno Municipal y la Inspección Veintiocho Municipal de Policía, constituye un proceso o secuencia de hechos, vías de hecho y también operaciones administrativas muy complejas que se desencadenaron en principio por órdenes verbales de altos funcionarios del municipio (alcalde y secretario de Gobierno), tendientes al cierre definitivo de las salas de velación existentes en la ciudad y que culminó con un proceso policivo irregular e ilegal de que se da cuenta

> en esta demanda, donde se establece probatoriamente que la sala de velación de la sociedad demandante fue inicialmente suspendida por treinta días y de *facto* nunca permitieron su apertura hasta el presente, por lo cual el *Municipio* está en la obligación de reparar directamente los daños ocasionados a la sociedad que represento e igualmente se lo prevendrá para que sea restablecido el derecho conculcado, tal como se solicita a continuación en el Capítulo de las *Peticiones*" (fl. 123, cdno. 1).

De conformidad con lo hasta aquí expresado por el libelista, solicitó prioritariamente la siguiente declaración:

> "*El Municipio de Medellín* es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a la '*Funeraria Medellín Limitada*', como consecuencia de los hechos, vías de hecho y aún operaciones administrativas que se iniciaron a comienzos del mes de octubre de 1983 y que continúan ocasionándose a la fecha de esta sentencia (sic), actuación administrativa compleja del Municipio de Medellín que trajo como resultado a la fecha el cierre definitivo de la sala de velación, parte de la actividad de la sociedad demandante ocasionándose con ello los perjuicios de orden patrimonial demandados" (fl. 124, cdno. 1).

Así las cosas, estima la Sala que a partir del momento en el cual el actor se ubica en la acción de reparación directa y cumplimiento, tendiente en el *sub lite* a que se estudie la viabilidad de la reparación por el perjuicio causado por las supuestas vías de hecho cometidas por los funcionarios municipales de Medellín, se obliga al juez administrativo a pronunciarse sobre dicho extremo de la litis, siendo por tanto improcedente una sentencia inhibitoria.

En efecto, obró incorrectamente el *a quo* al pronunciarse una sentencia de tal índole, ya que las pretensiones del actor no están sujetas, de conformidad con la corrección de la demanda ya mencionada, al análisis de los actos administrativos que se profirieron por las autoridades del Municipio de Medellín. Por ello, es indiferente en el caso *sub lite* el estudio de la naturaleza de los actos proferidos por las mencionadas autoridades, y más aún, es indiferente el estudio de la supuesta ilegalidad que ellos contienen, precisamente por lo que la acción no está encaminada a la anulación de esos actos.

Por lo hasta aquí dicho, considera la Sala que se deberá revocar la sentencia apelada, y proceder al estudio del fondo del asunto, como efectivamente se hará.

II. *La supuesta vía de hecho cometida por las autoridades municipales:*

Considera la actora que en el conjunto de actuaciones de las autoridades municipales de Medellín, constituido por hechos, vías de

hecho y aún operaciones administrativas, se le causó el perjuicio derivado del cierre de su sala de velación, y de la imposibilidad en que se la colocó de reabrirla pues "*de facto* nunca permitieron su apertura".

Sin embargo, como bien lo estima la colaboradora fiscal de la Corporación "no se explicó en qué consistió la ilegalidad o la irregularidad del proceso policivo, lo que era indispensable dado el cambio operado en la naturaleza de la acción, pues como ya se dijo, las explicaciones que se dieron antes sobre el concepto de la violación se referían al acto administrativo supuestamente acusado" (fl. 454, cdno. 1). Y lo anotado por la Fiscal Segunda respecto del proceso policivo, es extendible a las otras actuaciones administrativas, pues tampoco respecto de ellas se anotó en qué consistió la vía de hecho invocada.

Anota la Sala que frente a las actuaciones administrativas, no todos los hechos que la compongan son susceptibles de comprometer la responsabilidad, sino que dichos hechos deben estar enmarcados ya sea dentro del régimen de la falla del servicio, ya sea dentro de uno de naturaleza objetiva, para que sea procedente la reparación del perjuicio. Pensar lo contrario, es decir, que el sólo hecho u operación administrativa son *per se* generadores de responsabilidad, sería llevar la noción de responsabilidad extracontractual del Estado a límites ilógicos, que implicarían la inacción total de la administración.

Por ello pues, considera la Sala que para que un hecho o una operación administrativa impliquen la responsabilidad del Estado, es menester probar que dicho hecho u operación es constitutivo de una falla del servicio, para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad bajo la égida de éste régimen, o, que se enmarca dentro de las condiciones de uno cualquiera otro régimen de responsabilidad del Estado.

Ahora bien: en lo tocante a la vía de hecho, estima la Sala que, de configurarse, ella constituye innegablemente una falla del servicio que comprometería la responsabilidad del Estado, en el evento de que se presenten además, los restantes elementos que la jurisprudencia y la doctrina han señalado como necesarios para la tipificación de tal régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos (daño y vínculo causal entre la falla y este último). Ello es así, precisamente porque la vía de hecho posee la característica de hacer desaparecer, las supuestas operaciones, hechos o actos administrativos que tras de ella subyacen para hacer surgir un fenómeno nuevo y diferente de aquellos.

En efecto, la vía de hecho, al decir de la jurisprudencia de la Corporación "se configura y caracteriza por dos elementos especiales: por una parte, cuando la administración ha pretendido ejercitar un derecho que la ley no le otorga; por otra, cuando la administración obra sin observar el procedimiento que se le ha impuesto" (sentencia de octubre 28 de 1976, A.C.E., año LI, tomo XCI, núm. 451-452, pág. 635).

Por ello, para que pueda hablarse de vía de hecho, debe estar claro ante los ojos del juzgador que la actuación administrativa se ejercitó sin facultad legal, o sin el respecto del procedimiento que para dicho obrar ha establecido la ley. Presentándose una u otra hipótesis, se dá la falla del servicio. En caso de no configurarse la vía de hecho, deberá demostrar el actor que el hecho o la operación administrativa, sin que se conviertan en vía de hecho, son sin embargo constitutivos de falla del servicio.

Pero en el caso de autos ninguna de las hipótesis planteadas se presentó, ya que:

1º Tal como se desprende de la extensa pero necesaria narración de los hechos que hizo la Sala anteriormente, la administración municipal de Medellín en todo momento obró dentro de sus facultades legales, y observando los procedimientos definidos por la ley. En efecto, de una parte la actuación de la Inspección Veintiocho de Policía Municipal fue a tal punto ceñida a la ley, que todos y cada uno de sus actos fue recurrido por los memoriales que le presentaba la actora. El hecho de que se haya decidido la suspensión de la licencia de la funeraria, por encontrarse que ésta violaba la ley, no es más que el despliegue de poderes de policía instituidos por el legislador. Por demás, el desacuerdo frente a lo decidido por la mencionada inspección, implicaría una acción judicial diferente a la de reparación directa y cumplimiento. En segundo término, las decisiones de Planeación Municipal de la ciudad de Medellín, también obedecieron a facultades legales y a tono con procedimientos preestablecidos. La decisión tomada en este aspecto por la mencionada oficina, no es más que el ejercicio de la discrecionalidad propia de la administración activa. Si un ciudadano no está de acuerdo con las decisiones de ésta, tiene abierta la posibilidad de recurrir a la rama jurisdiccional, pero al igual que en la hipótesis anterior, la acción de reparación directa y cumplimiento no es la llamada a cumplir con dicho propósito.

2º Dice el actor en sus alegatos ya citados, que "omitió la administración el estudio y la decisión sobre los documentos para adecuar el establecimiento comercial existente antes de la nueva reglamentación y con su licencia número 295 vigente". Sin embargo, encuentra la Sala que el 20 de febrero de 1984, mediante la Resolución 112 del Comité de Establecimientos Abiertos al Público, se negó la solicitud elevada por la actora (fl. 171 a 174, cdno. 1). Dicha negativa fue reiterada al resolverse el recurso de reposición contra ella interpuesto (fl. 196, cdno. 1).

3º Estima de otra parte el actor que *"de facto"* nunca permitió la entidad demandada la apertura de la funeraria. Sin embargo, no sólo no probó el actor el hecho, sino que encuentra la Sala que, tal como ha quedado dicho, el 6 de noviembre de 1984 el Tribunal realizó una inspección judicial al lugar donde se encontraba la funeraria, constatando su funcionamiento.

4º Por último, considera la actora que se vulneró su derecho a desplegar su objeto social, amparado por la Resolución número 295 de 1982, pues no se le permitió la velación de cadáveres en su local comercial. Para la Sala dicha resolución, tal como lo anotó la Inspección Veintiocho de Policía Municipal, no cobijaba por expreso mandato de la ley el servicio de salas de velación, sino que estaba circunscrita a los servicios de funeraria. Tan evidente es lo anterior, que la propia actora solicitó insistentemente ante las autoridades municipales licencia y permiso de funcionamiento para dicho servicio, los cuales fueron negados por las mencionadas autoridades al encontrarse que la actora no reunía los requisitos para tal efecto.

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 el fallo apelado, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 16 de julio de 1986, y en su lugar *se dispone:*

Primer. Deniéganse las súplicas de la demanda en el proceso de la referencia, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Condénase en costas a la parte actora. Tásense.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PRUEBA TRASLADADA/COSA JUZGADA

Las pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y el agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Las pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea el caso, dentro del proceso de responsabilidad. En materia penal la sentencia absolutoria o condenatoria es inmutable y definitiva para todo el mundo, con fuerza erga omnes *y la identidad de partes no juega papel en este campo para determinar los efectos de la cosa juzgada, como sí lo juega en el campo civil en donde la fuerza de la cosa juzgada sólo puede predicarse cuando existe identidad de cosa u objeto entre la sentencia dictada y la que podría dictarse en nuevo proceso que se pretenda, cuando la* causa petendi *en el proceso fallado es igual a la del nuevo que se instaure y cuando existe identidad jurídica de partes en los dos procesos, el ya fallado y el nuevo.*

CASO FORTUITO/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA/USO DE ARMAS

La causa desconocida, que los administrativistas franceses denominan caso fortuito, dentro de la concepción de la falla presunta del servicio no constituye elemento exculpativo de la responsabilidad, a menos que la administración demuestre la extremada diligencia y prudencia con que debe actuar cuando se trata del manejo de instrumentos de uso oficial tan peligrosos como son las armas de dotación. La circunstancia de no conocerse qué produjo el disparo mortal no exonera de responsabilidad a la administración, porque el caso fortuito no exonera a la administración frente a éste tipo de perjuicios.

Consejedo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5573. Actor: Félix Celis Palencia y otros.

Conoce la Sala por vía de apelación, la sentencia de 17 de septiembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander (fls. 172 a 177), por la cual se niegan las súplicas de la demanda. El recurso fue interpuesto por la parte actora.

I. *Antecedentes:*

1º Los señores Félix Celis Palencia, Tilcia Jaimes de Celis, Elva Marina Celis Jaimes de Castellanos, Nohelia Celis Jaimes de Quintero, César Antonio Celis Jaimes y Numa Elpidio Celis Jaimes, solicitaron que se declarara que "la Nación colombiana, Ministerio de Defensa Nacional es administrativamente responsable de la muerte del señor Luis Francisco Celis Jaimes, ocurrida el día 8 de marzo de 1986..." y consecuencialmente, pidieron, que se condenara a la entidad demandada al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados y los intereses de las sumas deducidas como perjuicios con el correspondiente reajuste de tales valores (fls. 39 a 47).

2º Los hechos de la demanda se pueden sintetizar así:

a) El día 8 de marzo de 1986 el señor Luis Francisco Celis Jaimes, en compañía del señor José Trinidad Figueredo Montañez, se encontraba sentado en la tienda de propiedad de este último, en el Municipio de Sardinata (Departamento del Norte de Santander) y situada a la diagonal del cuartel de Policía del Distrito.

b) "Siendo aproximadamente las 7:30 de la noche del citado día se escuchó una detonación producida con arma de fuego, que provenía del cuartel de policía del mencionado Distrito, con la cual se ocasionó la muerte a Luis Francisco Celis Jaimes".

c) El autor del disparo fue el agente de la policía, señor Víctor Julio Sierra Gelves, quien se encontraba de guardia en dicho cuartel.

d) El Juez Setenta de Instrucción Penal Militar investigó los hechos y en Consejo Verbal de Guerra se condenó al agente como responsable de la muerte del señor Celis Jaimes.

e) El señor Celis Jaimes tenía 31 años de edad, era soltero y ayudaba económicamente a sus padres Félix Celis Palencia y Tilcia Jaimes de Celis.

f) El señor Celis Jaimes destinaba el 40% de sus ingresos al sostenimiento de sus padres, quienes carecían y carecen de bienes o rentas. (Al cuantificar los perjuicios causados,

el apoderado de los actores expresó que el occiso "devengaba por lo menos el salario mínimo de la época").

g) "El disparo hecho por el agente Víctor Julio Sierra Gelvez, que causó la muerte del señor Luis Francisco Celis Jaimes, implica una falla del servicio público, imputable a la Nación colombiana Ministerio de Defensa Nacional, debido a que el autor del mismo procedió con negligencia y contra el servicio.

3º La entidad demandada se hizo presente en el proceso a través de apoderado judicial especial, quien no contestó la demanda pero sí solicitó la práctica de algunas pruebas (fls. 55 a 58) y ha alegado durante la segunda instancia (fls. 246 a 250).

4º A la demanda se acompañaron entre otros documentos, los certificados de nacimiento de los actores y del señor Luis Franciso Celis Jaimes, el de defunción de éste y los de matrimonio de sus padres, así como copia de algunas de las declaraciones rendidas en la investigación penal de los hechos, copia del acta de posesión del señor Víctor Sierra Gelvez como agente profesional de la Policía y su hoja de vida y de la sentencia penal de primera instancia.

5º Durante el proceso se recibió el testimonio del señor José Trinidad Figueredo Montañez (fls. 73 y 74), quien se encontraba con el señor Celis Jaimes en el momento en que se produjo el disparo que le causó la muerte y quien depuso, igualmente, sobre la ayuda económica que éste suministraba a sus padres y sobre su vivienda en común "con los papás y los hermanos".

También depusieron los señores José Angel Garnica Contreras (fl. 78), Luis Antonio Orozco (fl. 79), Miguel Gustavo Parra Gutiérrez, Verania Bacca de Sanjuan (fl. 81), sobre la misma ayuda económica y vida en familia.

Se allegó, igualmente, al expediente una copia del proceso disciplinario que se adelantó, por los hechos, al agente señor Víctor Julio Sierra Gélves (fls. 88 a 128).

6º El proceso culminó con la sentencia apelada en la cual se deniegan las súplicas de la demanda (fls. 172 a 177) con fundamento en que no se acreditó la falla del servicio pues la copia del proceso disciplinario no se encuentra autenticada ni las declaraciones que en él se recibieron fueron ratificadas, el testimonio del señor José Trinidad Figueredo Montañez "incrimina débilmente la autoría del agente de Policía... pero, ni siquiera porque observara concretamente los hechos..." y las demás declaraciones "solamente están enderezadas a relatar el afecto existente entre padres y hermanos, y la dependencia económica que éstos tenían del occiso", para concluir que "No existe la prueba necesaria como para demostrar la autoría culposa de Sierra

Gélves y, por ende, la responsabilidad de la Nación en tan lamentable insuceso, para declarar consecuencialmente la falla del servicio deprecada por los demandantes. Tampoco existe la prueba técnica que destruya la presunción de caso fortuito que acompaña el hecho de marras".

En cuanto al proceso penal que se estaba adelantando contra el agente Sierra Gélvez, al mismo tiempo del contencioso administrativo contra la Nación por falla del servicio, el Tribunal dijo acoger y prohijar el concepto de su fiscal en el sentido de no tener en cuenta la sentencia condenatoria por tratarse de la de primer grado y no conocerse la que pudiera proferir el Tribunal Superior Militar.

Como se verá más adelante (núm. 8), el Tribunal Superior confirmó la sentencia condenatoria dictada en primera instancia y una copia auténtica de dicha decisión fue acompañada al memorial de apelación, con la solicitud de que fuera tenida como prueba, por esta Corporación, quien en auto de 1º de marzo del año en curso dispuso que así se hiciera "en el valor que legalmente le corresponde" (fl. 242).

7º El apoderado de los actores apeló y al sustentar el recurso (fls. 185 a 190) critica las conclusiones del Tribunal sobre el acervo probatorio pues en su concepto él es suficiente para demostrar la materialidad del hecho; entre otras probanzas: mencionada la declaración del señor capitán José Cristóbal García Negrón rendida ante el Juez Setenta de Instrucción Criminal; el acta de levantamiento del cadáver del señor Celis Jaimes y la partida de defunción; la indagatoria del agente de la policía, señor Sierra Gélvez ante el citado juez de instrucción criminal; examen médico legal del señor Celis; la documentación acerca de la vinculación del agente Sierra a la Policía Nacional; la sentencia condenatoria de éste; la actuación administrativa relacionada con el disciplinario adelantado sobre los hechos y la actuación del mismo agente, etc.

Acerca de la última de las pruebas citadas, dice el apelante: "El proceso disciplinario fue enviado, mediante oficio suscrito por el señor comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander, en fotocopia; por consiguiente, ha debido apreciarse como prueba por el Tribunal, pues si fueron remitidas por la autoridad que adelantó el proceso disciplinario las correspondientes actuaciones, deben presumirse auténticas. La circunstancia de que no aparezcan autenticadas cada una de las hojas o folios no les resta valor probatorio, ya que la parte a quien ellas se oponen expresamente las ha reconocido como auténticas. No obstante, para que no quede duda sobre la autenticidad de las actuaciones del proceso disciplinario, se adjunta copia auténtica del mismo, una vez más" (fls. 188 y 189, cdno. 1).

Y en cuanto a las declaraciones que se trasladaron del proceso penal y del disciplinario expresa que el Tribunal se equivoca cuando les "restó valor probatorio" porque "desconoce la jurisprudencia actual del honorable Consejo de Estado, en relación con la prueba tras-

ladada "de tales procesos" si el mismo Estado en ejercicio de la potestad jurisdiccional y de la potestad disciplinaria determina a través del correspondiente proceso la responsabilidad penal y disciplinaria de una persona que ha sido incriminada o inculpada, con motivo de la comisión de un delito o de una falta disciplinaria, no resulta lógico ni jurídico sostener que las pruebas que obran en los respectivos procesos no puedan ser oponibles al mismo Estado, en el proceso por responsabilidad extracontractual que contra él se adelante" (fl. 189).

8º El recurrente acompañó a su alegato copia de la sentencia de segunda instancia, de fecha 29 de febrero de 1988, proferida por el Tribunal Superior Militar, confirmando la condena que se había dictado contra el agente de la Policía Nacional, señor Víctor Julio Sierra Gélvez por razón de la muerte del señor Celis Jaimes.

9º La apoderada de la entidad demandada al descorrer el traslado de rigor se muestra de acuerdo con el *a quo* acerca del ningún valor de las pruebas practicadas dentro del proceso penal y trasladadas al proceso administrativo y al efecto cita dos fallos de esta Sala, para concluir pidiendo la confirmación de la providencia apelada (fls. 246 a 250).

10. La colaboradora fiscal de esta Corporación considera que en el proceso están comprobados los presupuestos para que se declare la responsabilidad del Estado por lo cual solicita se "revoque el fallo recurrido y en su lugar se declare la responsabilidad del ente demandado y se condene en abstracto al pago de los perjuicios causados".

En lo relativo a un pretendido caso fortuito en el disparo que causó la muerte del señor Celis Jaimes dice que no está probado "pues es un hecho cierto que el arma se disparó sin intervención de terceros, sin que el agente se cayera o golpeara con algún objeto y sin culpa de la víctima", por lo cual "debe concluirse que existió negligencia o imprudencia en la utilización de su arma por parte del agente, pues de otra manera el disparo no se hubiera producido" y agrega "Las circunstancias constitutivas del caso fortuito han debido quedar plenamente demostradas, pues por constituir un caso excepcional no es suficiente aducirlas, sino probarlas por quien las alega".

II. *Consideraciones:*

1º El tema del valor de las pruebas —y entre éstas de la testimonial, en especial— practicadas dentro del proceso penal y aducidas en el contencioso administrativo de responsabilidad del Estado, ha sido estudiado en diversas oportunidades por la Sala y, en la actualidad, el estado de la materia se puede resumir así:

a) Las pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente

del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer.

b) Las pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea el caso, dentro del proceso de responsabilidad.

c) Las copias de las sentencias penales absolutorias proferidas dentro de los mismos procesos y allegadas, debidamente autenticadas, al proceso de responsabilidad tienen efecto de cosa juzgada sobre los siguientes extremos: que el hecho causante del perjuicio no se realizó, que el sindicado no lo cometió o que éste obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa.

En materia procesal penal, civil y contencioso administrativa el problema, quizá el más importante que se presenta, radica en la definición del alcance que debe tener el proceso penal que se esté adelantando simultánea o previamente a una de las otras dos especies mencionadas y del alcance, también, de la sentencia proferida en el mismo proceso y su valor en los otros. En el primer evento se tratará de un caso de prejudicialidad, en el último de la naturaleza de la cosa juzgada.

Por ser el pertinente para el caso de cuyo fallo se trata, la Sala se permite algunas consideraciones sobre el último de dichos temas, no sin anotar que en su concepto, en procesos como el que ahora define, no cabría alegar prejudicialidad.

La jurisdicción, dice Jaime Guasp (Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 103, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968) es "la función específica estatal que tiende a la satisfacción de pretensiones", que pueden tener por objeto la satisfacción de las fundadas en el derecho punitivo, en normas administrativas o, en general, en disposiciones del derecho privado.

La forma y el contenido que pueden originar esas pretensiones se regulan por el proceso.

La función jurisdiccional es esencialmente una porque corresponde al Poder Público, cualquiera que sea el concepto que se tenga sobre el origen y la naturaleza de éste, sin que esta unidad impida que por razones de organización, la administración de justicia se confíe a "diversos conjuntos de funcionarios a los que se atribuyen materias distintas objetivamente y se marcan reglas varias de actividad para usar palabras del mismo ilustre procesalista citado" (ob. cit. pág. 105).

Lo anterior explica, en principio, por qué no se concibe que puedan existir sentencias contradictorias cuando versen sobre los mismos hechos o cuando decidan controversias semejantes entre partes iguales. Para prevenir que en la práctica puedan presentarse decisiones de la jurisdicción que se contradigan, se habla de la cosa juzgada para indicar el carácter inatacable de la sentencia, que no es otra cosa que el acto procesal que decide sobre las pretensiones de que trata el proceso.

Normalmente esa cosa juzgada tiene un valor relativo porque la verdad que encierra se aplica únicamente a quienes hayan sido partes en el respectivo proceso. Pero esa verdad trasciende al proceso dentro del cual se hubiere proferido la sentencia cuando, por ejemplo, los resultados de este proceso repercutan en forma indirecta o refleja en una situación jurídica distinta.

Guasp, cita los casos del fallo sobre la subsistencia del vínculo matrimonial respecto a un delito de bigamia o el relativo a una relación jurídica inmobiliaria sobre las inscripciones registrales correspondientes "aunque nada se haya dicho sobre ello en la sentencia" (ob. cit. pág. 547); es lo que él denomina como "la eficacia jurídico material indirecta o refleja", de la sentencia. Pero, además de estos eventos, debe haber otros en que se justifique impedir ya no en forma refleja sino directa que en otro proceso se decida de modo contrario a como se decidió antes. Y la razón de esta exigencia radica precisamente en el principio de la unidad de la jurisdicción; si esta es única, la verdad declarada en un proceso *puede* llegar a tenerse por tal en otro, aun cuando la parte cuyas pretensiones se decidieron y aquella contra las cuales esa decisión se produjo, no sean las mismas.

Lo anterior es lo que sucede con la cosa juzgada en un proceso penal. En éste se definen intereses que no son individuales sino colectivos; aquí la colectividad tiene un interés en el castigo o en la absolución de una cierta conducta fundada en ciertos hechos.

La sentencia penal, pues, con autoridad de cosa juzgada, puede tener influencia, además en el civil, el laboral, el administrativo, etc. El Código Penal, en su artículo 55 dispone: "*Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria.* La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que éste obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa". Y antes, el artículo 17 del mismo ordenamiento, refiriéndose ya no al efecto de la cosa juzgada respecto de terceros, sino con relación al proceso, había dispuesto: "*Cosa juzgada.* La persona cuya situación procesal haya sido definida por sentencia ejecutoriada o por auto que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nuevo proceso por el mismo hecho, aunque a éste se le dé una denominación distinta, excepto lo previsto para el recurso extraordinario de revisión".

El artículo 55 sobre efectos de la cosa juzgada penal absolutoria, se aplica a cualquier tercero que tuviere una pretensión indemnizatoria por razón del hecho causante del perjuicio, que hubiere sido objeto del proceso penal juzgado, no sólo frente al procesado absuelto sino frente a cualquier responsable de tal perjuicio, pero en este último caso sólo en cuanto la sentencia penal absolutoria haya declarado que tal hecho no se realizó o cuando el sujeto pasivo de la pretensión, en otro proceso, es responsable por hecho de quien fue procesado en el juicio penal resuelto (caso de responsabilidad indirecta) o cuando el hecho de éste es como si fuera hecho de la persona en cuyo nombre actúa (responsabilidad directa) y en el proceso penal se decide que el sindicado no lo cometió o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa. En cualquier otro evento, la sentencia penal absolutoria no tendrá efecto de cosa juzgada frente a dichos terceros.

Por esto, sí, por ejemplo, al procesado se le *absolvió*, bien porque el hecho ejecutado no constituía un delito o porque constituyéndolo no se acreditó la responsabilidad penal de su autor, su responsabilidad patrimonial o la de la persona de quien dependía o la de la entidad que representaba o a la que servía, sí puede hacerse valer en un proceso civil (o en el contencioso administrativo) pues su hecho puede no estar encuadrado en las sanciones del Código Penal, pero sí implicar una responsabilidad de tipo civil o administrativo o su culpa o dolo no tener carácter penal pero sí civil o administrativo.

En otras palabras, puede decirse que en materia penal *la sentencia absolutoria o condenatoria* es inmutable y definitiva para todo el mundo, con fuerza *erga omnes* y que la identidad de partes no juega papel en este campo para determinar los efectos de la cosa juzgada, como sí lo juega en el campo civil (y en el contencioso administrativo), en donde la fuerza de la cosa juzgada sólo puede predicarse cuando existe identidad de cosa u objeto entre la sentencia dictada y la que podría dictarse en un nuevo proceso que se pretenda, cuando la *causa petendi* en el proceso fallado es igual a la del nuevo que se instaure y cuando existe identidad jurídica de partes en los dos procesos, el ya fallado y el nuevo.

Debe advertirse, sin embargo, que aun en materia civil, en ciertos casos, la sentencia también tiene valor *"erga omnes"*. Tales son los fallos que modifican un estado civil o establecen uno nuevo proferidos en procesos de divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonios y "cuando la ley limita la legitimación en causa a determinadas personas y éstas ya la han ejercitado: porque entonces, como nadie tiene la legitimación para adelantar nuevos procesos, no existe la posibilidad que se modifique lo resuelto en el primero. Por ejemplo, cuando el marido impugnó al hijo de su esposa y perdió el pleito, o cuando se discutió la paternidad natural en vida del padre presunto", según lo anota el doctor Hernando Devis Echandía (Compendio

de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso, Tomo I, núm. 284, Ed. Diké, Medellín, 1987).

A la luz de las precisiones anteriores, es fácil entender, entonces, el alcance de las siguientes doctrinas sentadas por esta Corporación:

"A) De acuerdo con el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal (se refiere el Consejo al expedido mediante el Decreto 409 de 1971, la sentencia *condenatoria* constituye plena prueba sobre la ocurrencia del hecho y no podrá ponerse en duda en otro proceso. Y aunque aquí no se juzga de nuevo la conducta penal del sindicado, los hechos permiten hacer una nueva inferencia en una esfera jurídica diferente, cual es la falla del servicio. Nada impide así que la misma conducta pueda ser constitutiva de delito y configurativa de una falla del servicio al subsumirse en dos normas con efectos y alcances diferentes. Se le da valor, así a la *sentencia penal condenatoria* de prueba del hecho perjudicial, cuya ocurrencia con sus modalidades nadie podía poner en duda" (sentencia de abril 27, 1984, Expediente núm. 10.976. Actor: Ana Vanegas de Cabrera y otros, Anales Primer Semestre 1984, pág. 967 y ss.).

"B) Las copias de las sentencias penales.

"El punto presenta una faceta diferente, ya que aquí no se cuestiona el traslado de las pruebas practicadas dentro del proceso penal en el que estuvo involucrado el funcionario, sino que sólo se lleva al de responsabilidad la copia de la sentencia proferida en aquél.

"Basta leer las normas que en el Código de Procedimiento Penal hablan del valor de los fallos condenatorios y absolutorios para confirmar este aserto. En primer término la sentencia penal condenatoria no permitirá poner en duda en el proceso civil (o administrativo, se agrega) la existencia del hecho, ni la responsabilidad del condenado (art. 28); y la absolutoria tendrá efecto de cosa juzgada sobre los siguientes extremos: Que el hecho causante del perjuicio no se realizó, que el sindicado no lo cometió o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa (art. 30).

"Y el valor demostrativo de la sentencia en los extremos indicados no puede negarse con el argumento de que las pruebas que sirvieron de apoyo al juez penal no fueron ratificadas dentro del proceso de responsabilidad, porque esa ratificación sería inocua, ya que una nueva valoración no permitiría conclusiones diferentes por impedirlo el efecto de la cosa juzgada.

"De allí que, v. gr., si la sentencia penal dice que el agente X no cometió la infracción que se le imputa, en el proceso administrativo no podría declararse la falla del servicio de la administración por esos mismos hechos calificados por el juez penal e imputados a dicho agente; y para la absolución de la entidad demandada bastaría

la copia de la sentencia y no la ratificación de las pruebas que le sirvieron de fundamento. Igual cosa puede decirse de la sentencia condenatoria.

"El hecho imputado al agente no puede ponerse en duda ni su responsabilidad. Si estos dos extremos configuran así mismo una falla del servicio, será un problema de subsunción del hecho en los supuestos de la norma que contempla la responsabilidad y no un simple problema probatorio.

"Como comentario adicional debe recordarse que los casos de coexistencia de una culpa personal de un funcionario determinado con una falla del servicio no son extraños en el derecho administrativo. Casos que permiten al damnificado escoger entre demandar al funcionario o a la entidad pública.

"Se da esta coexistencia, como lo afirma la doctrina, cuando una misma actuación del funcionario constituye a la par un delito penal (culpa personal del agente) y una falla del servicio de la entidad a que pertenecía dicho funcionario. Como es obvio, la conducta aquí se subsume en normas diferentes. La penal, desde la órbita del Código correspondiente; y la falla del servicio de la entidad pública, porque ese acto se le imputa a su propio y directo accionar, dentro de las reglas que gobiernan su conducta" (sentencia de mayo 22, 1987, Expediente núm. 4955, actor: Dioselina Arce Castaño).

La Sala entonces, sintetiza así, lo hasta aquí expuesto:

a) La sentencia penal puede ser absolutoria o condenatoria de una persona natural o jurídica (esto último se menciona porque los avances del derecho permiten hablar de delitos de las personas jurídicas que se penalizan económicamente en cabeza de éstas y corporalmente en cabeza del funcionario que con su conducta hizo que se incurriera en el delito).

b) La cosa juzgada penal tiene efecto *erga omnes*, en tanto que la civil sólo lo tiene inter partes, con las excepciones anotadas.

c) La sentencia penal, *absolutoria o condenatoria* constituye plena prueba sobre *la ocurrencia del hecho juzgado* y tal ocurrencia no puede ponerse en duda en otro juicio y concretamente en uno contencioso administrativo en el cual se juzgue la conducta de la administración para deducir por ejemplo, su responsabilidad contractual o extracontractual.

d) La sentencia penal *absolutoria* de un agente de la administración no implica que no pueda existir falla del servicio pues la responsabilidad de ésta se gobierna por normas diferentes y su existencia no requiere siempre de la culpa personal de aquél.

e) Pero cuando la responsabilidad de la administración no puede escindirse de la conducta que observó su agente porque está subsumida íntegramente en la actuación de éste, la sentencia *absolutoria,* en cuanto define que el sindicado no cometió el hecho (y la administración sólo actuó a través de su agente) o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa, el valor *erga omnes* de cosa juzgada de la correspondiente sentencia penal tiene plena aplicación.

f) Sin embargo, cuando esa responsabilidad sí pueda escindirse de la conducta del agente, lo que sucede por ejemplo, cuando no obstante que el sindicado no cometió el hecho éste sí ocurrió y otros agentes de la administración intervinieron en él; o cuando no obstante que el agente obró en legítima defensa, se demuestra que la administración fue negligente en la escogencia de su agente u omitió medidas de prevención o seguridad que eran indispensables y le correspondía tomarlas en ejercicio de funciones atribuidas por la Constitución, la ley o los reglamentos, podrá existir responsabilidad de la administración no obstante la absolución penal del agente.

2º Tratándose de falta o falla del servicio ha dicho la jurisprudencia de esta Sala que ella es anónima, en el sentido de que no se requiere identificar al agente o funcionario que cometió el hecho que vino a redundar en un daño a un tercero, quien, entonces, para obtener la indemnización correspondiente deberá probar tres extremos, que vienen a constituir así, los elementos axiológicos de esta especie del género responsabilidad del Estado, a saber:

a) Un mal funcionamiento del servicio que corresponde a la Administración, incluyendo dentro de este concepto el funcionamiento tardío, el deficiente y su no prestación (pues todas estas circunstancias implican que el servicio no funcionó o no se prestó como debería haberse prestado);

2. Que se causó un perjuicio; y,

3. Que existe una relación de causalidad entre el perjuicio y el mal funcionamiento.

La carga de la prueba de tales extremos corresponde, por regla general, a quien reclame el derecho a ser indemnizado y se dice que por regla general, pues la doctrina en casos excepcionales ha admitido que pueden existir eventos de responsabilidad estatal en los que no sea necesaria la prueba del primero de aquéllos cuando el instrumento con el que se causó el perjuicio pertenece al servicio y su manejo representa un peligro (es el caso de la llamada falla presunta del servicio).

El caso concretamente fue estudiado por esta Sala en relación con el uso de una arma de dotación oficial. Se trató de las lesiones causadas a un particular por un agente de la Policía Nacional, cuando

se encontraba gozando de vacaciones pero con el arma de la cual se le había dotado y que éste no había devuelto al entrar a disfrutar de su descanso. Encontró aquí la Sala un típico evento de falla presunta del servicio, porque consideró que "el arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio..." (fallo de 31 de julio de 1989, Expediente núm. 2852 252; actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez).

En los casos de falla presunta no será necesario, entonces, demostrar el mal funcionamiento del servicio sino que al actor le bastará probar el hecho dañoso, el perjuicio y que el instrumento causal de éste pertenecía al servicio y la administración no podrá desvirtuar dicha presunción sino mediante probanzas que demuestren la ausencia de la falla bien porque observó una extremada prudencia y diligencia en el cuidado del instrumento y su uso o que se presentó un evento de fuerza mayor que por imprevisible e inevitable (es decir, irresistible) constituyó la verdadera causa del perjuicio.

El hecho de tercero exculpará a la administración sólo en cuanto reúna las mismas características de imprevisible e inevitable. (Por esto es que este hecho, en realidad, no es propiamente sino una especie del género fuerza mayor, como lo anotaba con propiedad el doctor Ricardo Uribe Holguín en su obra De las Obligaciones y del Contrato en General, Ed. Rosaristas, Bogotá 1980, pág. 121).

El hecho de la víctima constituirá factor de reducción del daño cuando se expuso a él imprudentemente, según reza el artículo 2357 del Código Civil, o de exculpación total cuando dicho hecho constituya la verdadera causa del daño, pues en tal evento se rompería por definición la relación causal entre la falla presunta y el perjuicio.

En el campo del derecho administrativo como en el del privado, la fuerza mayor, constituyendo causa exculpativa, corresponde demostrarla a quien la alega, regla que encuentra su consagración positiva, en nuestro régimen jurídico, en el artículo 1604 del Código Civil, que tanto la jurisprudencia como la doctrina han considerado aplicable a la responsabilidad *extra contractus* y a cuyas voces: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega". Por esto la Sala no se explica cómo el *a quo* dice en la providencia recurrida que "no existe la prueba técnica que destruya la presunción de caso fortuito que acompaña el hecho de marras".

Ahora bien, sin entrar ahora a determinar, por no ser el caso, si existe o no y en caso afirmativo en qué consiste, una diferencia entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, lo cierto es que el legislador colombiano los identifica (art. 1º, Ley 95 de 1890) y que en el artículo 1604 tiene la acepción de evento imprevisto e irresistible.

La causa desconocida, que los administrativistas franceses denominan caso fortuito, dentro de la concepción de la falla presunta del servicio no constituye elemento exculpativo de la responsabilidad, a menos que la administración demuestre la extremada diligencia y prudencia con que debe actuar cuando se trata del manejo de instrumentos de uso oficial tan peligrosos como son las armas de dotación.

3º Aplicando los principios enunciados a lo ocurrido en el caso de autos se tiene:

a) La prueba documental y testimonial contenida en el proceso administrativo disciplinario adelantado por el Departamento de Policía de Norte de Santander, Tercer Distrito, con ocasión de los hechos que condujeron a la muerte del señor Celis Jaimes tienen el mismo valor probatorio que tendrían si hubiera sido practicada directamente en el proceso de cuyo fallo en apelación ahora se trata. Esta prueba está contenida en el llamado informativo número 0003 de 1986 (fls. 192 a 232) y fue allegada primero por remisión del comando del citado Departamento de Policía por haber sido solicitado por el *a quo* (oficio núm. 789) (fls. 85 a 128) y luego por haberlo acompañado el apelante a su memorial sustentatorio del recurso, pidiendo que se tuviera como prueba.

Como se recordará (núm. 6 del capítulo I, Antecedentes) el *a quo* consideró que la copia del disciplinario remitido al proceso en la forma atrás mencionada no estaba autenticada y por ello no le dio valor alguno, pero en esto se equivocó el juzgador pues para la Sala, el hecho de haber sido remitida (la copia del informativo) por el comando de la Policía en respuesta a oficio enviado en virtud de haberse decretado su traslado (auto de septiembre 28 de 1987, fls. 60 a 62), le da la autenticidad requerida, además de que tiene la categoría de documento público como quiera que fue otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención (art. 251 del C. de P. C.) además de que, por lo expuesto, existe certeza sobre la persona que lo firmó y elaboró (arts. 252 y 254, *ibidem*). Y a mayor abundamiento se tiene que una copia igual pero con sello y firma de autenticación en cada hoja fue acompañada, se repite, por el apelante en su memorial sustentatorio del recurso y por auto del consejero sustanciador se ordenó tenerla como prueba (fls. 242 y 243).

b) En el citado "Informativo" aparece la declaración del señor José Figueredo Montañez (fls. 99 y 100) quien depone sobre el hecho de haber visto al señor Luis Francisco Celis Jaimes sentado en la puerta del negocio de su propiedad cuando escuchó un disparo que "cayó sobre el cuerpo de él" y quien salió gritando que lo habían matado, desplomándose en el piso y siendo recogido por agentes de la policía, los que en una camioneta lo llevaron al hospital. Cuando se le preguntó sobre el posible agresor contestó que le comentaron que era un agente de la policía "que se encontraba de centinela en

ese momento y que se le había disparado el arma". Declaración semejante rindió ante el *a quo* (fls. 73 y 74).

También obra en el disciplinario el testimonio del agente de policía señor Juan José Ibargüen (fls. 103 a 104) quien dice que en el momento de los hechos se encontraba conversando con un compañero "cuando oímos disparos y el agente Sierra, quien estaba de centinela en ese momento se colocó la mano en la cabeza y dijo se me disparó el arma, y salió hacia la guardia, y oímos cuando un civil cayó y pegó un grito, y gritamos al conductor de la camioneta de la Policía, para que prendiera la camioneta y lo levantamos de donde estaba caído y lo hechamos (sic) a la camioneta. Yo no fui al hospital" y más adelante reconoce que el civil era el señor Celis Jaimes.

Figura en el mismo informativo una "Acta de Inspección ocular" al libro de minuta de guardia del comando de la Estación Sardinata de la Policía en donde aparece una anotación correspondientes al día 8 de marzo de 1986, a las 19:39 horas, en donde se lee: "A esta hora se le disparó el Galil, número 8-1919131, al agente Sierra Gélvez Víctor Julio, el cual se encontraba de servicio de centinela número uno (1), se le disparó accidentalmente causándole heridas al señor Luis Francisco Celis Jaimes, c.c. número 13.256.521 de Cúcuta, ...el cual se encontraba sentado frente a la trinchera, tienda el porvenir (sic), de propiedad de José Figueredo..." (fl. 105).

Obra también la declaración del agente de la policía, señor Samuel Aguilar Carrillo (fls. 106 y 106 vto.) quien relata: "Yo me encontraba de 4º turno, de relevante de comandante de guardia, como a las 19:39 horas, de ese día (se refiere al 8 de marzo de 1986), oí un disparo de la Sala de información de donde me encontraba, en el momento que fui a salir, el agente Sierra Gélvez que se encontraba de centinela número 1, me manifestó diciendo uy Aguilar, se me disparó el fusil, entonces fue cuando oí los gritos de la esquina de la tienda el Porvenir, y ví que un civil estaba en el piso, y se quejaba, y en el momento lo recogieron y lo llevaron hacia el hospital de Sardinata, y le pregunté al agente Sierra Gélvez, que qué era lo que había ocurrido, y volvió y me manifestó se me disparó no se cómo...". Este declarante también reconoce que la víctima fue el señor Celis Jaimes.

Y el agente señor Víctor Julio Sierra Gélvez, en su diligencia de descargos (fls. 112 y 113), expuso que el día 8 de marzo de 1986 le ordenaron realizar el cuarto turno como centinela número uno, que recibió el fusil Galil asignado a dicho centinela "y me tercié, al ir caminando donde hay unas graditas donde está ubicada el hasta (sic) de la bandera, al bajar se me disparó el fusil y cogió un tipo el cual se encontraba al frente de donde yo estaba sorprendido...", luego, manifestó llevar cinco años en la policía, haber recibido instrucción sobre uso, manejo y seguridad de armas pero no sobre la que recibió la noche de los hechos y al ser preguntado sobre "si en el momento de producirse el disparo, que hizo impacto en la humanidad de Luis

Francisco Celis Jaimes... golpeó (sic) el arma o alguien se la golpeo (sic)? *Contestó*: En ese momento nadie me golpeo (sic) el arma, ni yo la golpie ya que fue en una forma instantánea cuando yo dí el paso al bajar la grada".

Por lo demás, al proceso se allegó copia de la necropsia y del certificado notarial de defunción del señor Celis Jaimes.

c) La numerosa prueba recogida, muestra entonces, que una arma de dotación oficial, que portaba un agente de la Policía Nacional, quien prestaba en esos momentos servicio de guardia, se disparó y el disparo hirió de muerte a un ciudadano que se encontraba en un almacén situado al frente del cuartel de la policía.

Para la Sala se está pues, indubitablemente, en presencia de un típico caso de falla presunta del servicio, ya que aparte de la demostración del hecho causante del daño se acreditaron los perjuicios causados a los actores con la muerte del señor Celis Jaimes a consecuencia del accionar de una arma de dotación oficial.

La circunstancia de no conocerse qué produjo el disparo mortal no exonera de responsabilidad a la administración porque como lo expresó esta misma Sala en el proceso atrás citado, el caso fortuito "en su concepción moderna iusadministrativa de *causa desconocida*, no exonera a la administración frente a éste tipo de perjuicios. Al decir del profesor Paul Amselek "todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis misma, que en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en las que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio" (citado por F. Lorens-Fraysse *"La presomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité"*, L. G. D. J., Paris, 1985, p. 147) puesto que, precisamente, la consecuencia de la concepción de la presunción de falta radica en que la víctima no tenga necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocerse cómo se produjeron dichas circunstancias, corresponderá al demandado asumir la duda que rodea las circunstancias exactas en las que advino al perjuicio".

"Estima la Sala, de acuerdo con el profesor Amselek, que en el evento, de presentarse un caso fortuito, en su acepción ya dicha, es a la administración a quien le corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que sobre ella pesa, y que consiste en determinar *a priori*, y dada la peligrosidad de las armas, que un perjuicio causado con la utilización de una de ellas, se debe a falla del servicio".

Se dice que en el caso que ahora corresponde fallar, se está en presencia de un típico caso de falla presunta del servicio, porque está

probado que con el disparo ocurrido por el arma de dotación oficial que portaba el agente, señor Víctor Julio Sierra Gélvez, en momentos en que prestaba servicio de guardia, se hirió mortalmente, el 8 de marzo de 1986, al señor Luis Francisco Celis Jaimes y se le causó a los actores el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende.

d) El perjuicio, en cuestión, también está demostrado, pues los testimonios de los señores José Angel Garnica Contreras (fl. 78), Luis Antonio Orozco (fl. 79), Miguel Gustavo Parra Gutiérrez (fl. 80) y Verónica Bacca de Sanjuan (fl. 81), son todos contestes en acreditar que el occiso, quien era soltero, subvenía con el producto de su trabajo, al sostenimiento del hogar de sus padres con quienes convivía bajo un mismo techo, así como con sus hermanos.

No se acreditó, en el proceso, ni la cuantía de los ingresos del señor Celis Jaimes ni el monto de la contribución a sus padres, que el apoderado de los actores, en su demanda, recuérdese, fija en un 40% de aquéllos, que por lo menos constituían el salario mínimo, ya que todos los testigos afirman que trabajaba en su profesión de conductor.

Habrá, entonces de condenarse en abstracto al pago de tales perjuicios materiales, para que dentro del incidente liquidatorio correspondiente, ellos se cuantifiquen de acuerdo con las siguientes pautas:

a) Se establecerá, por los medios adecuados (por ejemplo, testimonios o prueba documental) el monto mensual de lo devengado por la víctima a la época de su muerte se allegará igualmente la declaración de renta del señor Luis Francisco Celis Jaimes, correspondiente al año inmediatamente anterior a su muerte, no extemporánea en relación con la fecha de esta sentencia, a fin de determinar, también, sus ingresos.

b) En caso de no obtenerse así una cifra determinada, siguiendo las orientaciones jurisprudenciales de esta Corporación, se tomará como ingreso el salario mínimo que regía en la fecha del accidente para trabajadores que no sean del sector primario, dada la actividad en la que laboraba el occiso.

c) Con base en las tablas de mortalidad del Instituto de Seguro Social se establecerá la vida probable del padre y de la madre del señor Celis Jaimes a cuyo sostenimiento proveía su citado hijo soltero y ya mayor de edad y que había pasado, en varios años, la época en que por regla general los colombianos suelen cambiar de estado; de los datos que resulten de las citadas tablas se tomará el monto que resulte mayor.

d) Conforme a lo pedido en la demanda, se actualizará el ingreso mensual último, aplicando la fórmula.

$$Vp = S \frac{\text{Ind. final}}{\text{Ind. inicial}}$$

Vp., es el valor presente; S, el salario mensual, índice final es el que certifique el DANE como el de precios al consumidor en el mes que corresponde a la fecha de este fallo e índice inicial, el que también se certifique por el DANE como el de precios al consumidor en el mes de ocurrencia del hecho dañoso (marzo de 1986).

e) Para el cálculo de la indemnización se tomarán en cuenta dos períodos:

1º Uno para la *indemnización vencida o consolidada,* que va del mes de julio de 1984 hasta la fecha de la presente sentencia, y se aplicará la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^{n-1}}{i}$$

En donde S es la suma o indemnización que se busca; Ra es la renta mensual actualizada según la fórmula del literal e precedente; i el interés puro o técnico del 0.4867 mensual. Como se trabaja con 1 y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867; y n son las mensualidades que comprenden este período indemnizatorio.

2º El otro período, para la *indemnización futura o anticipada,* comprenderá la vida probable del padre o de la madre, a partir de la fecha de esta sentencia, la que sea mayor, de acuerdo con las tablas de mortalidad del Seguro Social y se aplicará la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^{n-1},}{i(1 + i)^{n}}$$

en donde Ra es la renta actualizada, conforme a la misma fórmula del literal e precedente; i el interés técnico o legal, o sea 0.004867 y n el número el meses de vida probable anotada.

d) De las cantidades así obtenidas se tomará el 40%, que será la cuantía de la indemnización por perjuicios materiales en favor de los padres, Félix Celis Palencia y Ana Tilcia Jaimes.

f) En cuanto al daño moral, es evidente que lo sufrieron los padres del hijo que murió en el trágico hecho de que trata este proceso, por lo cual la indemnización, para cada uno, será la cantidad en pesos equivalente a un mil gramos oro fino, según la cotización que certifique el Banco de la República para la fecha de esta sentencia. Esta condena, pues, se hace en concreto.

g) En cuanto a los hermanos del señor Celis Jaimes, como se observa que todos son mayores de edad y las hermanas (Elva Marina Celis Jaimes de Castellanos y Nohelia Celis Jaimes de Quintero) son casadas y los testimonios arriba citados apenas hablan de que la víctima vivía con sus hermanos pero sin especificarlos ni, por consiguiente, indicar sí con todos o con algunos de ellos, y cuáles eran sus relaciones afectivas, al no haberse demostrado estos extremos, no hay lugar a condenar al pago de los perjuicios morales pretendidos en favor de dichos hermanos.

Por lo expuesto, y de acuerdo con su colaborador 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:

Revócase la sentencia del Tribunal Administrativo del Norte de Santander de fecha 17 de septiembre de 1988 y en su lugar dispone:

a) Declárase a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional— administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los señores Félix Celis Palencia y Tilcia Jaimes de Celis, con la muerte del señor Luis Francisco Celis Jaimes, ocurrida el 8 de marzo de 1986, en el Municipio de Sardinata (Departamento del Norte de Santander).

b) Como consecuencia condénase a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, a pagar a las nombradas personas, por concepto de perjuicios morales, la cantidad en pesos equivalente a un mil (1.000) gramos oro para cada uno de ellos, en su condición de padres de la víctima al precio que tenga dicho metal para la fecha de esta sentencia, según certificación que expida el Banco de la República. Esta condena se considera hecha en concreto.

c) Condénase en abstracto a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, a pagar a las nombradas personas los perjuicios materiales ocasionados, los cuales se liquidarán siguiendo el procedimiento de que trata el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y atendiendo las pautas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

d) Deniéganse las restantes pretensiones de la demanda.

e) Sobre la suma de dinero que resulta de la liquidación de los perjuicios materiales se pagarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria del auto que concrete la liquidación y moratorios de ahí en adelante (art. 177, C. C. A.). Para los perjuicios

morales se liquidarán, pero contando el término de seis (6) meses a partir de la ejecutoria de este fallo.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 23 de noviembre de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

JUICIO CIVIL DE POLICIA/LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA/VIA DE HECHO

Debe demandarse en el proceso policivo a la persona legitimada y si no se hace, el procedimiento seguido constituirá una vía de hecho contra ésta. El proceso instaurado contra el verdadero legitimado, con sujeción a un procedimiento dado, constituirá una coacción legítima y su cumplimiento no causará, en principio, perjuicios. Pero si la administración, so pretexto de ejercer esa coacción legítima, cumple un procedimiento viciado o contra un sujeto no legitimado incurre en vía de hecho.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5321. Indemnizaciones. Actor: Antonio José Castaño Ramírez.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de diciembre 9 de 1987, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca se declaró inhibido "para conocer y decidir de fondo este proceso".

En el libelo pidió la parte demandante:

"*Primera.* El Municipio de Cali es responsable civil y administrativamente de los perjuicios morales y materiales, ocasionados al señor Antonio José Castaño Ramírez, por la destrucción y consecuencial desocupación en Cali, de un inmueble de su propiedad, *hecho ocurrido el 23 de mayo de 1983,* bien patrimonial que más adelante se identificará.

"*Segunda.* Condénase al Municipio de Cali a pagar al señor Antonio José Castaño Ramírez, o a quien sus derechos represente, la suma equivalente en moneda nacional a mil gramos (1.000) oro, por concepto de daño moral subjetivo.

"*Tercera.* Por daños materiales, condénase al Municipio de Cali a pagar al señor Antonio José Castaño Ramírez, la

suma de cinco ($ 5.000.000.00) millones de pesos moneda corriente, *o lo que resultase probado en el proceso.*

"Si estos perjuicios materiales no se pudiesen justipreciar, condénase, en subsidio, al Municipio de Cali a pagar la suma equivalente en moneda nacional a cuatro mil (4.000) gramos oro, previa certificación que de su precio en el mercado suministrará el Banco de la República.

"*Parágrafo.* En cualesquiera de los casos, a la suma determinada se aplicará la *corrección monetaria.*

"*Cuarta.* Las sumas a pagar que la sentencia determine, ganarán un interés comercial de 3% mensual y moratorios éstos, cumplidos seis (6) meses de la ejecutoria de la sentencia, o sea desde que la obligación se hizo exigible, hasta que el pago se haga efectivo".

En el mismo escrito de demanda narró en síntesis los siguientes hechos:

1. Que en el año de 1963 Luis Aníbal Castaño Gómez ocupó un lote en el barrio Zawadsky, de Cali, de una extensión aproximada a los 1.900 metros cuadrados y deslindado como aparece en el hecho primero.

2. Que en dicho lote el mencionado señor construyó una casa de habitación.

3. Que para la ejecución de una obra pública alquiló la casa y el lote el ingeniero contratista, el que construyó un campamento.

4. Que el señor Castaño Gómez vendió, mediante escritura 4447 de 17 de diciembre de 1981, al señor José Castaño Ramírez las mejoras introducidas al inmueble citado atrás.

5. Que mediante Resolución 566-A de 5 agosto de 1982 la Alcaldía de Cali dispuso la restitución de las zonas verdes de las carreras 49-A, 50, entre las calles 13-B y 13-C, dirigiendo la acción contra el ingeniero Jesús Antonio Vásquez O.

6. Que recurrida la providencia fue mantenida, tal como consta en la Resolución 786-A de 29 de octubre de ese mismo año.

El *a quo* tomó la decisión denegatoria en la fecha indicada. En uno de los apartes de la sentencia recurrida, sostuvo, luego de denegar las excepciones de "carencia del derecho sustancial" e inepta demanda "por improcedencia de la acción":

"Para el Tribunal resultan suficientes, como fundamento de esta sentencia, las transcripciones que se han hecho de lo expuesto por la parte demandada, el colaborador fiscal y el

Consejo de Estado. Confrontado el material probatorio allegado al proceso con el criterio de interpretación que aportan tanto el señor Fiscal Primero de la Corporación, como la sentencia del Consejo de Estado, transcrita, se concluye que el Tribunal no es competente para conocer de este proceso, por no ser asunto propio de esta jurisdicción (art. 73, ordinal 2º del C. C. A.). Y con estos fundamentos habrá de hacer esa declaración".

Descontenta la parte actora con la decisión del Tribunal, apeló.

Durante la segunda instancia, sustentó el recurso y la Fiscalía Séptima de la Corporación conceptuó, el 28 de agosto de 1989 (a fls. 188 y siguientes del cuaderno principal), pidiendo la confirmación de la sentencia.

De esa vista fiscal se destaca:

"1ª Sin lugar a dudas, las resoluciones precitadas, expedidas por la Alcaldía de Cali y la Gobernación del Valle, fueron proferidas en juicio o querella de policía y por tanto su validez no puede cuestionarse por la vía contencioso-administrativa, por prohibirlo expresamente el artículo 82 del C.C.A.

"2ª Aunque la demanda no pide expresamente una declaración de nulidad de tales actos, su contexto es equívoco porque invoca como falla del servicio el hecho de que en los respectivos procesos policivos no se halla (sic) tenido como parte a Castaño Ramírez, comprador de las mejoras, sino al arrendatario (fls. 56). También lo es, y en grado sumo, porque entre las disposiciones jurídicas infringidas cita solamente algunas normas constitucionales y el artículo 84-2 del C. C. A., siendo así que este último trata precisamente de la acción de nulidad y no de la de reparación directa y cumplimiento (que fue la que el demandante terminó ejerciendo).

"3ª Como si ello fuera poco, las alegaciones del actor terminan, en la segunda instancia, por precisar que lo demandado es la indemnización de las 'mejoras' que se destruyeron y no se pagaron, como si se tratara de una controversia civil sobre prestaciones mutuas y no de un litigio administrativo sobre daños. Ni qué decir hay que el daño es un concepto jurídico y por tanto axiológico que en nada se parece al de falta de pago de mejoras reales o supuestas. En uno y otro caso, por lo demás, son muy distintas las cuestiones fácticas, probatorias y legales que hay que ventilar.

"4ª Al recuperar por vía policiva un bien de uso público, es decir, al librarlo del abuso cometido por un particular que material y unilateralmente lo había ocupado, el Municipio

de Cali procedió conforme a derecho y no tenía por qué pagar mejora alguna. Esto no corresponde, por lo menos, a ninguno de los supuestos en que la administración debe indemnizar a los ciudadanos por título que pueda controvertirse en un proceso contencioso-administrativo.

"5ª Pero si se pudiera entrar aún más en el fondo del asunto, habría que concluir que al proferir tales sentencias de policía y ejecutarlas, el Municipio de Cali no incurrió en falla alguna del servicio público, ni por exceso ni por defecto. Todo lo contrario: al proceder de esa manera actuó conforme a la ley, para hacer cumplir la ley y para proteger los bienes públicos y el uso general que de algunos de éstos tienen los ciudadanos.

"6ª La falta de claridad en el *petitum* y la ostensible falta de concordancia entre éste y los fundamentos de hecho, de una parte, y los derechos, de la otra, determinan que la demanda sea inepta. Las normas constitucionales que el actor invoca no fueron infringidas y la legal que cita no corresponde a la acción ejercitada. Pero aún si esto puede ser suplido de oficio por el juez administrativo al interpretar la demanda como circunscrita a la acción de reparación directa y cumplimiento, el *petitum* continúa estando fuera de juicio porque el 'daño' en la ejecución de una sentencia policiva —que se ha surtido sin falla del servidor— depende conceptualmente de la nulidad de la sentencia misma, que justamente es tema que no puede examinarse por esta jurisdicción.

"7ª Pero aún si nada de lo anterior fuera jurídicamente verdadero, el actor no acreditó falla alguna del servicio —en ninguno de sus extremos axiológicos— y por tanto sus pretensiones tendrían que ser negadas".

Para la Sala no asiste la razón ni al juzgador de primera instancia ni al señor fiscal colaborador. Y no les asiste la razón, pese a que su argumentación en torno a los juicios de policía de carácter civil y a la no impugnación ante esta jurisdicción de las decisiones allí tomadas está ajustada a la ley y se acomoda en un todo a la jurisprudencia de la corporación, porque el juicio policivo de que dan cuenta los autos no se dirigió contra la persona que estaba llamada legalmente a afrontarlo como parte demandada.

El juicio policivo por ocupación de zona verde, como lo muestra el acervo probatorio, se dirigió contra el ingeniero Jesús Antonio Vásquez O., quien tenía sólo el carácter de arrendatario del inmueble y no contra el señor José Castaño Ramírez, quien había comprado las mejoras, entre éstas la casa de habitación, a su antiguo dueño, el señor Juan Aníbal Castaño Gómez, mediante escritura pública número 4447 de 17 de diciembre de 1981 (a fl. 23, cuaderno principal). El ca-

rácter de arrendatario del ingeniero Vásquez Ospina aparece acreditado mediante copia del contrato que obra a folios 103 y siguientes del cuaderno principal y con su propia manifestación hecha dentro del escrito por medio del cual interpuso los recursos de reposición y apelación contra la Resolución número 566-A que ordenó la restitución de la zona verde (ver escrito a fls. 38 y ss., del cdno. de pruebas y copia de la aludida resolución a fls. 33 del mismo).

Como se ve, el proceso policivo fue instaurado contra quien no se debió dirigir, produciéndose así una clara vía de hecho frente al señor Castaño Ramírez, quien no tuvo oportunidad de defender sus derechos. Vía de hecho que, como se dirá, comprometió la responsabilidad del ente demandado.

Se precisa que si se hubiera dirigido contra el dueño de las mejoras, el citado señor Castaño Ramírez, nada habría que decir en este proceso. A lo sumo reiterar la jurisprudencia sobre la no impugnación de las decisiones tomadas en los juicios civiles de policía; jurisprudencia que se reitera para una mejor comprensión del asunto. Así en auto de octubre 12 de 1989, la Sala sostuvo:

> "B) Dentro del marco anterior, no existe duda alguna para la Sala en el sentido de que en el caso en comento se tramitó un juicio civil de policía, cuyas providencias no pueden ser juzgadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por mandato expreso del inciso final del artículo 82 de la misma obra. Sobre la materia la Corporación ha fijado desde hace mucho tiempo pautas jurisprudenciales cuyo contenido es claro y preciso. Así en sentencia de doce de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco, proferida por la Sección Primera, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, Expediente número 2258. Actor: Santiago Marroquín V., publicada en Anales del Consejo de Estado, Segundo Semestre, 1975, págs. 399, se lee:
>
> " 'En el caso *sub judice* la Sala verifica que se surtió un juicio civil de policía ante el alcalde municipal de Sibaté, por solicitud que le hiciera la junta de acción comunal, coadyuvada por el personero, para que ordene al señor Santiago Marroquín desocupar la vía pública —avenida Ferrocarril con carrera 9ª— de la población del mismo nombre donde actualmente levanta una construcción (fl. 8). El alcalde municipal, mediante Resolución número 031 de 23 de octubre de 1968, que fuera confirmada por el gobernador del departamento de Cundinamarca, mediante providencia de 29 de enero de 1970 (fls. 11 y 25), condenó a Santaigo y Héctor Marroquín —quienes se opusieron a la demanda e interpusieron recurso de apelación contra la mencionada providencia del alcalde— a restituir la vía, dentro del plazo señalado, so pena de que se les aplique la sanción prescrita por el artículo 1º del Decreto número 640

de 1937 y de que las autoridades policivas efectúen la demolición de la obra.

" 'El Decreto número 640 de 1937, reglamentario del artículo 208 del Código de Régimen Político y Municipal, corrobora lo expuesto, en cuanto define como juicio policivo la actuación que se surta para obtener la desocupación de una vía pública, o cualquier bien de uso público (art. 5º), no sólo porque prescribe que en ella intervengan como partes, mediante notificación personal de la primera providencia, los ocupantes materiales (art. 3º) y el personero municipal, a quien se le deben notificar personalmente «todos los actos que los alcaldes dicten» (art. 4º, parágrafo), sino también porque el artículo 9º *ibidem* defiere a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los juicios que promuevan los opositores «constituyéndose demandantes», tendientes a infirmar la calidad de públicos de los bienes ocupados y, por ende, a hacer valer sus pretendidos derechos sobre ellos.

" 'En consecuencia, como los actos acusados se profirieron en un juicio civil de policía, de conformidad con el artículo 73, ordinal 2º del Código Contencioso Administrativo, «no son acusables ante la jurisdicción contenciosa administrativa». Y, por lo mismo, tampoco el Tribunal es competente para conocer de la acción propuesta' " (auto de octubre 12 de 1989, proceso 5509. Actor: Raúl Eduardo Murgueitio V., contra Cali, ponente: doctor Julio César Uribe A.).

Frente al demandante, como se anotó atrás, se produjo una vía de hecho. Nadie duda que el alcalde de Cali podía seguir, en cualquier tiempo, el procedimiento para la restitución de la zona verde ocupada por el señor Castaño Ramírez y antes por el señor Jesús Aníbal Castaño Gómez. Competencia que aparece clara en el artículo 208 de la Ley 4ª de 1913 (art. 170 del Código de Régimen Municipal), reglamentado por el Decreto 640 de 1937, el cual precisa además el procedimiento a seguir. Pero en este campo, como en el de la actividad administrativa general, gobernada por el principio de la legalidad, rige la garantía del debido proceso; garantía que cuando se desconoce compromete la responsabilidad del organismo público que lleva a cabo el procedimiento o la actuación administrativa que produjo el daño.

El proceso de policía para la recuperación de inmuebles de uso público, se debe llevar a cabo por el alcalde, contra la persona ocupante y con sujeción a las reglas propias de ese procedimiento señaladas en el decreto mencionado. Es lógico que se siga contra los ocupantes materiales de las zonas ocupadas (art. 3º) por ser éstos los que pueden ejercer los derechos procesales que les brinda la ley y por ser las personas legitimadas para ejecer la oposición cuando negaren la calidad de públicos de los bienes restituibles. Oposición que

tendrá que hacerse ante la justicia ordinaria, presentando la demanda correspondiente, no sólo para infirmar esa calidad sino para reclamar otros derechos particulares si los hubiere.

Ocupantes materiales que podrán demandarse también ante la justicia ordinaria por los daños y perjuicios que le hayan causado a la entidad pública con su ocupación.

Lo precedente muestra que debe demandarse en el proceso policivo a la persona legitimada y que si no se hace el procedimiento seguido constituirá una vía de hecho contra ésta. El proceso instaurado contra el verdadero legitimado, con sujeción a un procedimiento dado, constituirá una coacción legítima y su cumplimiento no causará, en principio, perjuicios. Pero si la administración, so pretexto de ejercer esa coacción legítima, cumple un procedimiento viciado o contra un sujeto no legitimado incurre en vía de hecho. Figura que según la terminología de García Enterría "es el vicio específico de la acción coactiva de la administración. Viene a constituir la manifestación característica de una nulidad de pleno derecho en la actuación fáctica administrativa, no cubierta ni justificada en el derecho" (Curso de Derecho Administrativo, Civitas 1988, Tomo I, pág. 722).

La responsabilidad del Estado en Colombia se compromete no sólo por los actos administrativos ilegales, sino por los hechos, las omisiones, operaciones administrativas o las vías de hecho.

En el caso *sub judice* la vía de hecho aparece bien demostrada. Causó esa conducta un perjuicio al demandante?

La respuesta es afirmativa, pero no con el alcance que pretende la demanda. En primer término, no cabe hablar en el presente asunto de perjuicios morales. No se acreditó en forma alguna su ocurrencia y que la destrucción de las mejoras hubiera causado una angustia especial y traumática a su dueño. Por lo demás, esta Sala ha sido especialmente renuente a reconocer este tipo de perjuicios por la pérdida de bienes materiales, frente a los cuales no puede alegarse y probarse un grado fuerte de afección, en principio.

En cuanto a los daños materiales sufridos no existe mucha claridad en la demanda. Y no puede entenderse que ellos se refieran al valor del inmueble con sus mejoras, porque estos extremos no podrán discutirse ante esta jurisdicción, tal como se expresó atrás.

Pero la demanda sí podrá interpretarse en el sentido de que los perjuicios sufridos por el dueño del inmueble están relacionados con lo que dejó de percibir por su goce desde la demolición de la casa de habitación y de las bodegas. Se sabe que la casa estaba alquilada, pero nada más. Se ignora la utilización que tenían las bodegas y la renta que producían.

Por la razón anotada, la condena tendrá que hacerse en abstracto para su liquidación posterior. Esa condena no podrá exceder, en su valor histórico se entiende, de la suma de $ 5.000.000.00. Se entiende el período indemnizatorio desde la fecha de la demolición hasta la fecha de ejecutoria de este fallo. El valor se actualizará con sujeción a la fórmula utilizada en casos similares para la indemnización vencida, o sea $Ra \frac{(1+i)^{n-1}}{i}$ de donde Ra será igual a la suma mensual que dejó de percibir el dueño de las mejoras a partir de la desocupación del inmueble (23 de mayo de 1983) debidamente actualizada, según la fórmula $Ra = vh \frac{\text{ind. f.}}{\text{ind. i.}}$; de donde vh = valor histórico; ind. f el índice de precios al consumidor que certifique el DANE, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia; ind. i o sea el índice inicial a la fecha de la ocurrencia del perjuicio, o sea 23 de mayo de 1983.

Para la fórmula inicial, Ra será el valor que surja de la aplicación de la fórmula precedente; i = 0.004867%; n = período indemnizatorio igual a *78* meses.

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

Falla:

Revócase la sentencia de diciembre 9 de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle.

En su lugar:

Declárase administrativamente responsable al Municipio de Cali por los perjuicios causados al señor Antonio José Castaño Ramírez.

En consecuencia, condénasele, en abstracto, al pago de perjuicios materiales sufridos, los que se liquidarán con base en las pautas señaladas y por el procedimiento señalado en el artículo 308 del C. de P. C.

Una vez hecha la liquidación la condena devengará intereses comerciales a partir del proveído que la liquide y moratorios luego.

Deniéganse las demás súplicas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 7 de diciembre de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Vehículo oficial

La prueba de la falla del servicio, cuando se trata de perjuicios causados con vehículos automotores pertenecientes a las personas públicas no es necesaria para comprometer la responsabilidad de éstas últimas, siempre y cuando, obviamente, se haya probado el hecho dañoso y su relación causal con el perjuicio y además que el elemento con el cual se causó el daño pertenecía al servicio o estaba a su disposición. Se debe aplicar por tanto a este tipo de perjuicios, el denominado régimen de la falla del servicio presunta.

PERJUICIOS MATERIALES A HIJOS MAYORES-Improcedencia

Siendo los hijos mayores de edad al momento del fallecimiento de su padre, se presume que ven por sí mismos; debe desvirtuarse válidamente dicha presunción. El sólo hecho de no devengar ingresos un hijo mayor, no abre derecho a éste rubro del perjuicio. Acceder a ellos sería fomentar jurisprudencialmente el ocio improductivo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Colaboró: *Doctor Juan Carlos Henao Pérez.*

Referencia: Expediente número 4484 (75). Actora: Rosa Helena Franco viuda de Bernal.

El proceso de la referencia se encontraba en estado de recibir sentencia cuando sobrevinieron los insucesos del Palacio de Justicia. Ordenada su reconstrucción con arreglo a lo dispuesto por el Decreto 3825 de 1985, procede desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el fallo de primer grado, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 27 de enero de 1984.

I. *La sentencia apelada:*

Luego de estudiar las pruebas que ameritan las circunstancias en las cuales se produjo el accidente de tránsito en el que, se afirma, murió el señor Juan Emiliano Bernal, denegó el Tribunal las súplicas de la demanda, pues estimó que "no aparece claramente demostrada la falla del servicio en el presente proceso por no haberse probado plenamente que el hecho dañoso fuese imputable al Departamento de Cundinamarca" (fl. 15, cdno. 1).

Consideró el *a quo* que "de las pruebas que obran en autos no se deduce con exactitud cuándo o mejor, en qué momento ocurrió el deceso del señor Bernal y si su muerte fue por causa directa del accidente, ya que a pesar de que en el expediente (sic) la partida de defunción a que antes se hizo mención (fl. 10) y que tiene fecha del mismo día del insuceso, no obra ningún certificado de las autoridades de tránsito o de policía que den cuenta del hecho. También se echa de menos algún reconocimiento médico sobre la víctima, o el levantamiento del cadáver, o la necropsia, o la historia clínica en el caso de que haya sido recibido en el hospital tal como lo señalaron los testigos al decir que llevaron a los heridos a la institución médica, o sea, pruebas que acrediten que la causa de la muerte fue producida por el accidente de tránsito a que hace mención la demanda" (fl. 14, cdno. 1). Afirma además el Tribunal, que deponentes en el proceso testimonian acerca de que la causa de la muerte fue el accidente de una volqueta de uso oficial "pero ninguno de los testigos es claro en cuanto a la marca ni a las placas del vehículo accidentado" (fl. 13, cdno. 1).

II. *Posición de las partes:*

Alegatos de la parte actora:

En aras de sustentar la apelación interpuesta, argumenta el apoderado judicial de la parte actora (fls. 33, 37, cdno. 1), que obran en el expediente las pruebas necesarias para que se profiera la declaratoria de responsabilidad del Departamento de Cundinamarca.

Considera que de autos se desprende claramente que quien conducía la volqueta accidentada era el señor José Vicente Gómez Jiménez, que está probado que dicha volqueta pertenecía el día del accidente a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, que el señor Juan Emiliano Bernal Peña murió como consecuencia directa del accidente, y que quien conducía el vehículo se encontraba en ese instante en estado de embriaguez.

Alegatos de la parte demandada:

Como se ha anotado, el expediente se destruyó durante los hechos de noviembre de 1985, y a pesar de que al gobernador del Departa-

mento de Cundinamarca se le notificó el auto admisorio de la solicitud de reconstrucción impetrada por la parte actora (fl. 46, cdno. 1), no consta en el informativo actuación procesal de la entidad demandada encaminada a impugnar las afirmaciones de la actora.

III. *El concepto fiscal:*

Tampoco fue posible recuperar el concepto de fondo emitido por el agente del Ministerio Público.

IV. *Consideraciones de la Sala:*

Para la Sala se encuentran debidamente acreditados los siguientes hechos:

1. El día 29 de noviembre de 1981 se produjo un accidente de tránsito de la volqueta marca Fiat, de placas RNV-0953 (fls. 69, 106, cdno. 1).

2. Dicho accidente consistió en el volcamiento de la volqueta (fls. 104, 106, cdno. 1).

3. La propietaria del mencionado automotor era, en la fecha del accidente, la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca (fls. 64, 66 y 69, cdno. 1).

4. El vehículo era conducido por el señor José Vicente Gómez Jiménez, quien era inspector de carreteras de la Secretaría de Obras Públicas mencionada (fls. 64, 66, 69, 104 y 106, cdno. 1).

5. A raíz de dicho accidente murió el señor Juan Emiliano Bernal Peña, quien viajaba en la parte trasera de la volqueta, y quien fue aprisionado por la misma al momento de volcarse (fls. 64, 66, 95, 104 y 106, cdno. 1).

Frente a la situación fáctica descrita, considera la Sala oportuno exponer algunas consideraciones sobre los elementos necesarios para que se configure la responsabilidad estatal cuando el perjuicio es causado con vehículos automotores pertenecientes a las personas públicas.

I. *La elección del régimen de responsabilidad:*

A pesar de que del contexto del libelo pueda colegirse que se imputa una falla del servicio del Departamento de Cundinamarca, al permitir que una de sus volquetas fuera utilizada en día feriado por un funcionario de la Secretaría de Obras Públicas del mencionado departamento, estima la Sala que ello no es óbice para que el juez,

al calificar la realidad histórica del proceso, y prevaliéndose del principio *iura novit curia*, goce de la facultad de determinar el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto que es objeto de la decisión.

En varias oportunidades ha tenido la Sala ocasión de pronunciarse al respecto. Así, por ejemplo, en sentencia de 31 de julio de 1989, expresó:

> "La escogencia de uno de los varios regímenes de responsabilidad y, con ello, la exigencia de las condiciones que su aplicación supone para que la responsabilidad del Estado pueda ser declarada ante determinados perjuicios, es tarea que corresponde realizar libremente al juez, a menos que dichas condiciones estén contempladas expresamente en la ley" (Expediente núm. 2852, actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez, copiadores de la Sección Tercera, tomo 104, fls. 276 y ss.).

Teniendo en cuenta lo anterior, se abstendrá la Sala de estudiar en el presente caso la posible falla del servicio por omisión que hubiere podido cometer el Departamento de Cundinamarca, al permitir que funcionarios suyos dispusieran de vehículos automotores en días en los cuales los reglamentos no los autorizan para ello, causando con ellos y en dichos días perjuicios como el de que trata el presente proceso. Y estima irrelevante el análisis de dicho elemento, porque considera que un vehículo automotor, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el vehículo pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir.

Así las cosas, estima la Sala que la prueba de la falla del servicio, cuando se trata de perjuicios causados con vehículos automotores pertenecientes a las personas públicas no es necesaria para comprometer la responsabilidad de éstas últimas, siempre y cuando, obviamente, se haya probado el hecho dañoso y su relación causal con el perjuicio y además que el elemento con el cual se causó el daño pertenecía al servicio o estaba a su disposición. Se debe aplicar por tanto a este tipo de perjuicios, a juicio de la Sala, el denominado régimen de la falla del servicio presunta.

II. *La caracterización del régimen de la falla presunta del servicio:*

De conformidad con la precitada sentencia de julio 31 de 1989, estima oportuno la Sala precisar las características fundamentales del régimen de la falla del servicio presunta, para los eventos en los cuales los perjuicios han sido causados con vehículos automotores oficiales, así:

1. La aplicación de la regla *actori incumbit probatio* se atenúa respecto de la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al demandante, sino que el *"onus probandi"* no cobija la prueba de la falla del servicio, aunque sí la del hecho causante del daño y su relación con el mismo. Corresponde por tanto al actor probar solamente la existencia de un perjuicio, que debe guardar relación de causalidad con la utilización del vehículo automotor oficial.

2. El perjuicio causado con vehículo automotor oficial, hace presumir la falla del servicio, puesto que, al ser el mecanismo de la presunción una técnica probatoria que sólo exonera al actor del aporte de la prueba de la falla, no excluye el análisis que de la misma puede realizar el juzgador. Es, pues, un régimen en el cual la falla del servicio sí está presente, lo que implica que se excluye, por definición, toda aplicación de la teoría del riesgo y de cualquier otro régimen de responsabilidad objetiva.

3. Por ser presunta la falla del servicio, ésta puede ser desvirtuada por la administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar probanza contraria que impida al juzgador extraer las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que pesa sobre la administración.

4. En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de falla, se exonera de su responsabilidad. Mas para que ello sea así, el juez debe llegar a la convicción de que el actuar administrativo fue de tal manera prudente y diligente, que el perjuicio ocasionado con vehículo automotor oficial no guarda relación causal alguna con la falla del servicio imputable a la persona pública.

5. El hecho o culpa de la víctima, al igual que en todos los regímenes de responsabilidad, exonera o atenúa, según el caso, la responsabilidad estatal. Corresponderá al juez, frente al caso concreto objeto de la decisión, determinar si se presentan, y en qué medida, los elementos que estructuran ésta causal exonerativa.

6. El hecho de un tercero exonera o atenúa, igualmente, la responsabilidad de la administración.

7. La fuerza mayor exonera igualmente a la administración. En efecto, su existencia supone que ésta no ha cometido falla alguna, y ello porque la causa de la falla del servicio no puede imputarse a la administración, sino a un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que supuestamente causó culposamente el perjuicio.

8. El caso fortuito, al contrario, no exonera a la administración frente a este tipo de perjuicios.

En efecto, si se concibe dicha causal en su acepción moderna iusadministrativista de *causa desconocida,* no exonera a la administración, ya que, al decir del profesor Paul Amselek, "todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis misma, que en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en las que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio" (citado por F. Lorens-Fraysee, "*La présomption de faute dans le contentioux administratif de la responsabilité*", L.G.D.J., Paris, 1985, p. 147).

Estima la Sala que, de presentarse un caso fortuito en la acepción anotada, es a la administración a quien le corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que sobre ella pesa, y que consiste en determinar *a priori,* y dada la peligrosidad de los vehículos automotores de uso oficial, que un perjuicio causado con uno de ellos, se debe a falla del servicio.

II. *El análisis del caso concreto:*

Con base en las anteriores consideraciones, procede la Sala al estudio de los elementos necesarios para determinar si la responsabilidad de la administración puede o no ser declarada en el caso de autos.

a) *La relación causal.*

A diferencia de la opinión del *a quo,* estima la Sala que en el proceso de la referencia, sí se presentó la relación causal entre el accidente de la volqueta RNV-0953, perteneciente a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, conducida por su agente Vicente Gómez Jiménez, y la muerte del señor Juan Emiliano Bernal.

Al respecto obran en el expediente las siguientes pruebas:

1. Oficio número 526 del Juez Diecisiete Superior de la ciudad de Bogotá, dirigido a la Secretaría de esta Sección, y en la cual puede leerse:

> "Por medio del presente me permito informar a su despacho que dentro del proceso número 4429 se sindica a Jorge Vicente Gómez Jiménez, como la persona que conducía el vehículo que ocasionó la muerte de Juan Emiliano Bernal Peña, el día 30 de noviembre de 1981. El vehículo que conducía el citado Gómez Jiménez el día de los hechos es una volqueta marca Fiart (sic), modelo 1981, color azul oscuro

placas R.N.V.-0953 perteneciente al Departamento de Obras Públicas, y el citado conductor seidentificaba(sic) con la c.c. número 290.675 de Junín" (fl. 64, cdno. 1).

2. Diligencia de inspección ocular y levantamiento del cadáver del occiso, en donde consta el volcamiento de la volqueta "RNV-0953 color azul perteneciente a la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca", conducida por el señor José Vicente Gómez Jiménez, y, además, donde se afirma que "de la parte delantera del vehículo al lugar donde se encontró el occiso hay 40 centímetros" (fl. 66, cdno. 1).

3. El testigo Héctor Manuel Mancera Garavito, quien a pesar de no estar presente en el lugar exacto del accidente en el instante en que éste se produjo, se encontraba cercano a dicho lugar y corrió a auxiliar a los accidentados, afirmó:

> "...al saber esta noticia me fui yo para allá, a ver si los podríamos auxiliar en algo, vi la volqueta ya volcada más o menos como de quince a veinte metros de la carretera hacia abajo, contra un árbol sauz que había, estaba un señor caído debajo de la volqueta, la volqueta quedó de medio lado no se fue de frente sino de lado y el que estaba caído era don Juan Emiliano Bernal, se estaban saliendo otras personas de dentro de la cabina, el conductor era don Vicente Gómez..." (fl. 104, cdno. 1).

4. A su turno, el señor Lucio Antonio Rodríguez Tribaldos, quien iba en el vehículo accidentado y quien a raíz del accidente quedó en estado de inconciencia, afirmó que "en la cabina venía el conductor Vicente Gómez la esposa que se llama Emilia de Gómez, doña Julia de Jiménez y me parece que el esposo de doña Julia. En el platón venía, al lado izquierdo venía Javier el hijo de Vicente Gómez, en el centro el difunto Emiliano y mi persona al lado derecho" (fl. 105, verso, cdno. 1).

5. En la respuesta al oficio número 88.0234 de la Sección Tercera de esta Corporación, afirmó el secretario de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca que la volqueta RNV-0953 pertenecía el día del accidente a dicha Secretaría, que el señor Vicente Gómez Jiménez desempeñaba el cargo de inspector de carreteras, y que "no existe autorización escrita para que el vehículo en mención, transitara por la carretera que del Municipio de Sueva conduce al Municipio de Junín, el día 29 de noviembre de 1981 en horas del mediodía" (fl. 69, cdno. 1).

Del conjunto de pruebas anotadas, queda entonces claro para la Sala que la muerte del señor Juan Emiliano Bernal, quien viajaba en la parte trasera de la volqueta RNV-0953 accidentada, de propiedad de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca y conducida por su funcionario Vicente Gómez Jiménez, fue causada

directamente por dicho accidente. Habiéndose probado entonces que el instrumento con el cual se causó la muerte al señor Bernal pertenecía el día del accidente a la demandada, es suficiente para que pueda imputarse a ésta, a juicio de la Sala, una falla presunta del servicio en relación con los hechos que se valoran en el presente proceso.

Sin embargo, como se ha dicho en la presente providencia, dicha presunción de falla del servicio puede ser desvirtuada por la existencia de una cualquiera de las causales de exoneración mencionadas. Pero, a criterio de la Sala, ninguna de ellas se presenta en el caso *sub judice,* como pasa a verse.

En efecto, ni la fuerza mayor, ni el hecho de un tercero, ni la culpa o el hecho de la víctima aparecen configuradas en el presente proceso, habida consideración de que se sabe con certeza que la muerte del señor Bernal fue ocasionada por el volcamiento del automotor descrito, conducido por un funcionario de la demandada que disponía del mismo, y sin que mediare comportamiento alguno de la víctima que fuere relevante en la causalidad del accidente.

Tampoco existe prueba alguna que desvirtúe la presunción de falla del servicio, que en el caso de autos consiste en presumir que la utilización del vehículo oficial por el agente está originada en una falla del servicio que le permitió disponer del mismo. A pesar de que, como se ha anotado, el accidente ocurrió en día festivo, sin que mediare autorización escrita para que el agente dispusiera de la volqueta oficial, no existe prueba alguna tendiente a demostrar que la utilización del vehículo en la forma mencionada, hubiere sido ajena al deber de vigilancia y control que tienen las personas públicas sobre su parque automotor. Por el contrario, los hechos de que trata el presente proceso muestran la laxitud en el control de las personas públicas sobre sus automotores, y corroboran aún más, la inexistencia de la ausencia de falla del servicio de la entidad demandada en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala.

En similar sentido se pronunció la extinta Sala de Negocios Generales de la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de julio 15 de 1953, al expresar:

> "Demostrado como está que el sargento Gonzalo Merchán Espinosa estaba al servicio del Estado y desempeñaba las funciones de conductor y chofer en las dependencias de Sanidad del ejército el día 11 de septiembre de 1948, hay que aceptar que si a las 12 de la noche de ese día manejaba el vehículo de la sanidad que causó los perjuicios a la sociedad demandante, era porque podía disponer de él para los fines del servicio al cual se hallaba adscrito, sin control riguroso de parte de aquellas dependencias. De aquí que no pueda considerarse que el accidente de autos fuera absolutamente extraño

al servicio que prestaba en la sanidad Merchán Espinoza, pues cuando menos sirvió de ocasión o motivo para que se produjera, dadas las circunstancias anteriormente anotadas.

"De otra parte, si Merchán Espinoza estaba sujeto a la disciplina militar y sin embargo, pudo sacar de las dependencias de la sanidad el vehículo del accidente sin órdenes de sus superiores, de ahí apenas puede deducirse el relajamiento o descuido con que funcionaba aquella disciplina, lo que hace también por este aspecto, o sea por falta de vigilancia del servicio, haya de considerarse comprometida la responsabilidad del Estado" (Corte Suprema de Justicia, Sala de los Negocios Generales, 15 de julio de 1953, ponente: Doctor Luis A. Flórez, G. L., Tomo LXXV, núm. 2130, pág. 742).

Igualmente el salvamento de voto del doctor Betancur Jaramillo en la sentencia de agosto 11 de 1983, expediente número 3354, expresó:

"De manera pues, que no basta afirmar que se dio la falta personal del agente para exonerar el Estado, sino que es preciso calificar si esa conducta tenía o no vinculación con el servicio.

"En el caso concreto esa relación es obvia. El conductor no era un particular sino un servidor del departamento demandado; ésta entidad, si no había encomendado una misión especial al chofer, por qué dejó el vehículo en su poder? Por qué no lo estacionó en lugar seguro, luego de sus labores ordinarias?

"Estos interrogantes no fueron respondidos y muestran que la administración con su descuido o falta de vigilancia facilitó que el señor Adolfo Rojas tomara el vehículo oficial causante de la tragedia. Es apenas lógico que si la administración hubiera hecho cumplir los reglamentos de utilización de su parque automotor, la tragedia no se habría producido. Su descuido o negligencia fue patente y su responsabilidad resultó así evidenciada" (Tomo 48 de los copiadores de la Sección Tercera, fl. 417).

Así las cosas, estima la Sala que la presunción anotada de falla del servicio no aparece desvirtuada en la realidad histórica del proceso en estudio.

b) *El perjuicio.*

Habida consideración de que varios son los rubros del perjuicio solicitados en el libelo demandatorio, la Sala procederá a estudiarlos separadamente, así:

1. *Perjuicio morales.*

Solicita el apoderado judicial de la actora, se reconozca resarcimiento por los perjuicios morales sufridos por la esposa del occiso, y sus nueve hijos.

Respecto del parentesco existente entre el hoy occiso y las personas que demanda resarcimiento por los perjuicios morales padecidos, obra en el expediente:

—El notario Unico del Círculo de Junín de Cundinamarca, certifica que en el libro de registro civil de matrimonios de dicha notaría, aparece la partida en la cual consta que Juan Emiliano Bernal y Rosa Helena Franco contrajeron matrimonio católico en el Municipio de Junín, el 4 de mayo de 1957 (fl. 75, cdno. 1).

—También certifica el mismo notario que en el libro de registro civil de defunciones de su notaría, obra una partida en la que consta que el 29 de noviembre de 1981 falleció el señor Juan Emiliano Bernal Peña (fl. 76, cdno. 1).

—Constan igualmente en el libro de registro civil de nacimientos, según el notario mencionado, los siguientes hechos:

—Que Flor María Bernal Franco nació en el municipio de Junín, el 12 de julio de 1958 (fl. 77, cdno. 1).

—Que Elda Elina Bernal Franco nació en el municipio de Junín, el 16 de noviembre de 1960 (fl. 78, cdno. 1).

—Que César Gonzalo Bernal Franco nació en el municipio de Junín, el 10 de junio de 1962 (fl. 79, cdno. 1).

—Que Pablo Emilio Bernal Franco nació en el municipio de Junín, el 9 de abril de 1964 (fl. 80, cdno. 1).

—Que Ciro Hernando Bernal Franco nació en el municipio de Junín, el 26 de marzo de 1966 (fl. 81, cdno. 1).

—Que Jairo Emiliano Bernal Franco nació en el municipio de Junín, el 9 de abril de 1969 (fl. 82, cdno. 1).

—Que Clara Marlen Bernal Franco nació en el municipio de Junín, el 22 de abril de 1971 (fl. 83, cdno. 1).

—Que Dora Leticia Bernal Franco nació en el municipio de Junín, el 1º de septiembre de 1977 (fl. 84, cdno. 1).

—Que Yazmín Helena Bernal Franco nació en el municipio de Junín, el 9 de octubre de 1979 (fl. 85, cdno. 1) y,

—Que los mencionados Bernal Franco son hijos de Juan Emiliano Bernal y Rosa Helena Franco (fls. 77 a 85, cdno. 1).

Teniendo en cuenta los anteriores parentescos, y de conformidad con la reiterada jurisprudencia que afirma que el dolor moral se presume en su máxima intensidad entre padres e hijos, y esposos o concubinos, la Sala accederá a reconocer a cada una de las personas nombradas, de conformidad con el *petitum* de la demanda, el equivalente a 1.000 gramos oro para la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

2. *Perjuicios materiales.*

A pesar de que en la demanda con la cual se inició el presente proceso, solicitó el apoderado judicial de los actores un peritaje para efectos de establecer la cuantía de los perjuicios materiales así como su actualización (fl. 18, cdno. 1), no obra en autos dicho peritaje sin que se pueda determinar si su inexistencia es debido a que nunca se practicó, o a que se quemó en los insucesos del Palacio de Justicia de noviembre de 1985.

Sin embargo, la existencia de los perjuicios materiales está ameritada en el caso *sub judice*. En efecto, el citado testigo Héctor M. Mancera afirma que "sí me consta que Emiliano Bernal sostenía al hogar y a la esposa" (fl. 96, cdno. 1), y que en los días en los que el hoy occiso no trabajaba "se preocupaba en su agricultura y en sus negocios de ganadería y cerdos, porque prácticamente el sueldo no le alcanzaba para mantener a la familia" (fl. 97, cdno. 1). Dicho testimonio merece credibilidad a la Sala, porque de su conjunto puede establecerse que el declarante tenía cercano conocimiento de la familia Bernal Franco, y porque por demás no fue tachado de falso. De él colige pues la Sala, que el hoy occiso mantenía económicamente a su familia, y que la muerte de quien en vida respondía por la economía hogareña, causó un perjuicio material a sus deudos.

Pero, conforme a la jurisprudencia de la Sección que estima que se presumen perjuicios materiales en los hijos menores de la persona que fallece, ante la imposibilidad en la que quedan de ser auxiliados económicamente por sus padres, la Sala debe realizar la siguiente distinción: no se reconocerán dichos perjuicios a favor de Elda Elina y César Gonzalo Bernal Franco, por cuanto siendo mayores de edad al momento del fallecimiento de su padre, se presume que veían por sí mismos, y nada se hizo por desvirtuar válidamente dicha presunción. Es de anotar que no acoge la Sala la afirmación del apoderado de los actores, en el sentido de que se debe acceder a otorgar perjuicios materiales a los hijos mayores del finado, puesto que "los mayores no devengan ingresos, razón por la cual toda su familia dependía económicamente de su padre" (fl. 20, cdno. 1). Y no acoge dicha perspectiva porque nada se hizo para probar que no devengan ingresos, y más importante aún, porque el sólo hecho de no devengar ingresos un hijo mayor, no abre derecho a este rubro del perjuicio. Acceder a ellos en los términos pedidos sería fomentar jurisprudencial-

mente el ocio improductivo. Respecto de la hija mayor Flor Marina Bernal, tampoco se decretarán a su favor los perjuicios en comento, pues a pesar de que se afirma en la demanda que sufría de una parálisis infantil que le impedía laborar, no hay prueba idónea sobre la existencia y repercusión laboral de la enfermedad que supuestamente la aqueja. De los dos testimonios que obran en el expediente a este propósito, ambos rendidos por el precitado testigo Mancera, no puede saberse quién sufría dicha parálisis, y menos aún, en qué consistía realmente. En este sentido afirmó el deponente que "quedaron como cuatro pequeños y entre ellos había una niña enferma también, no se el nombre de esa niña, si me consta que sufre de parálisis y él la llevaba al hospital y la traía para que la trataran" (fl. 105, cdno. 1). En lo atinente a Pablo Emilio, Ciro Hernando, Jairo Emiliano, Clara Merlen, Dora Leticia y Yazmín Helena Bernal Franco, hijos menores del difunto, así como de su cónyuge Rosa Helena Franco viuda de Bernal, sí se reconocerán perjuicios materiales, de conformidad con las pautas que serán señaladas en éste sentido.

Pero, respecto de los perjuicios materiales que por lo dicho se habrán de decretar, considera la Sala que no existen bases ciertas para su fijación. En efecto, la precitada declaración del testigo Mancera, no permite saber el monto de los ingresos del finado, ni aún cuál era su labor habitual, a lo cual se auna el hecho de que en el expediente obra constancia acerca de que el señor Bernal fue retirado de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, mediante Decreto 0098 de abril de 1976 "con el fin de que tramitara su pensión" (fl. 69, cdno. 1).

Por ello, se procederá a la condena *in genere* prevista en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, que se hará con base en las siguientes pautas:

1. Se ameritarán los ingresos que obtenía el señor Juan Emiliano Bernal Peña, derivados de sus actividades en el agro. Para ello, se tendrán en cuenta las declaraciones de renta, no extemporáneas en relación con la fecha de presentación de esta demanda, presentadas por el actor en los dos últimos años gravables anteriores a aquel de su muerte; o, toda prueba que arroje certeza sobre el monto de utilidades mensuales promedio del último año del finado.

2. En caso de no establecerse la cuantía con base en el numeral precedente, se acudirá al salario mínimo legal vigente, para octubre de 1981, en la región de Junín (Cundinamarca).

3. La indemnización que se fijará a partir de la suma concreta que se establezca con base en las pautas anteriores, comprenderá dos períodos, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales de la Corporación, así: uno, vencido o consolidado, que corre desde el día de causación del perjuicio (29 de noviembre de 1981), hasta la fecha de esta sentencia. Otro, el futuro, desde el día siguiente a la

fecha de este fallo, hasta el término de vida probable del señor Juan Emiliano Bernal Peña. Para determinar la vida probable del occiso, se anexará al incidente de regulación de perjuicios su registro civil de nacimiento, o la prueba supletoria autorizada por la ley, puesto que, a pesar de saberse que el señor Bernal tenía 47 años al momento de su muerte (fls. 74 y 76, cdno. 1), desconoce la Sala la edad exacta con la cual contaba el mismo para dicho momento. Teniéndose en cuenta la edad que se determine de conformidad con lo anteriormente dicho, se establecerá la vida probable del señor Bernal Peña, utilizando las tablas colombianas de mortalidad, aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

Al calcular la indemnización, se tomará en cuenta que los hijos de la víctima tendrán derecho a la indemnización hasta cuando cumplan 18 años de edad, conforme lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sección.

4. La cuantía que se establezca como ingreso mensual de la víctima, será actualizada desde el 29 de noviembre de 1981 (día de causación del perjuicio), hasta el día de ejecutoría de la presente providencia, con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, y empleando la siguiente fórmula:

$$VP = S \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}, \text{ en donde:}$$

VP = Valor presente
S = Ingreso mensual
Indice final = certificado DANE sobre precios al consumidor a la fecha de esta sentencia.

Indice inicial = certificado DANE sobre precios al consumidor el 29 de noviembre de 1981.

Para efectos de establecer el índice final, la Secretaría de la Sección Tercera de la Corporación, certificará la fecha de ejecutoria de este fallo.

5. Para liquidar la indemnización debida se aplicará la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + 1)^{n-1}}{i}, \text{ en donde}$$

S = suma a establecer;
Ra = renta actualizada (valor presente).
i = 6% anual o 0.4867; como se trabaja con el 1, el interés queda como 0.004867% mensual.

N = número de meses de vida probable.

Y para establecer la indemnización futura, la fórmula a utilizar es la siguiente:

$$S = Ra \frac{(1 + 1)^{n-1}}{i(1 + 1)^n}, \text{ en la cual}$$

S = suma a establecer;

Ra = renta actualizada (valor presente).

i = 0.004867 como en la fórmula anterior.

n = número de meses de vida probable.

6. A la suma que se establezca de conformidad con los numerales anteriores, se deducirá el 25% que, se supone destinaba el difunto para sus necesidades personales.

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 Cundinamarca el 27 de enero de 1984, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. En su lugar *se dispone:*

Primero. Declárase responsable al Departamento de Cundinamarca —Secretaría de Obras Públicas—, por falla presunta del servicio en la que de manos de sus agentes, murió el señor Juan Emiliano Bernal Peña, el día 29 de noviembre de 1981, en las circunstancias analizadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Departamento de Cundinamarca —Secretaría de Obras Públicas— a pagar, por concepto de perjuicios morales las cantidades siguientes:

1. Mil gramos (1.000) oro puro a Rosa Helena Franco.
2. Mil gramos (1.000) oro puro a Flor Marina Bernal Franco.
3. Mil gramos (1.000) oro puro a Elda Elina Bernal Franco.
4. Mil gramos (1.000) oro puro a César Gonzalo Bernal Franco.
5. Mil gramos (1.000) oro puro a Pablo Emilio Bernal Franco.
6. Mil gramos (1.000) oro puro a Ciro Hernando Bernal Franco.
7. Mil gramos (1.000) oro puro a Jairo Emiliano Bernal Franco.
8. Mil gramos (1.000) oro puro a Clara Merlen Bernal Franco.
9. Mil gramos (1.000) oro puro a Dora Leticia Bernal Franco.
10. Mil gramos (1.000) oro puro a Yazmín Helena Bernal Franco.

Este valor se considera como condena *"in concreto"* y se tasará de acuerdo con la certificación del Banco de la República, sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Tercero. Condénase al Departamento de Cundinamarca —Secretaría de Obras Públicas— a pagar a Rosa Helena Franco, Pablo Emilio, Ciro Hernando, Jairo Emiliano, Clara Merlen, Dora Leticia y Yazmín Helena Bernal Franco, por concepto de perjuicios materiales, la suma que se determine por el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, conforme a las bases dadas en la parte motiva de este fallo.

Cuarto. Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A.

Quinto. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Sexto. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha catorce (14) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Antonio José de Irisarri Restrepo, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO V

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

DEMANDA - Requisitos / INDIVIDUALIZACION DEL ACTO / ACTO COMPLEJO / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento

Si el acto A o inicial tiene recursos y éstos fueron interpuestos y decididos mediante las resoluciones B y C (reposición y apelación) confirmatorias, no puede técnicamente afirmarse que queda bien individualizado al impugnarse sólo como A sabiendo que los pronunciamientos B y C se integran al inicial para ratificarlo o precisarlo y prueban, a primera vista, que se cumplió el presupuesto del agotamiento de la vía gubernativa.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 3462. Contratos. Actora: Solel Boneh International Ltda.

La sociedad Solel Boneh International Limited demandó el 20 de noviembre de 1981 la nulidad de la Resolución número 3475 de 29 de abril de ese año, por medio de la cual se le impuso una multa por valor de $ 539.536.78, por incumplimiento parcial del contrato número 344 de 1980, celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la demandante; para que como consecuencia de esa nulidad se ordene la devolución de lo pagado y se declare que no ha incumplido las obligaciones emanadas de dicho contrato.

Como hechos, fueron narrados, en síntesis:

1. Que entre el Fondo Vial Nacional y la sociedad Solel Boneh International Limited se celebró, previo el lleno de los requisitos, el contrato número 344 de 1980 "para la construcción de las obras de recuperación lineal de pavimento en el sector K 25.000-566.500 de la vía Cartago-Cali".

2. Que el contrato se cedió, con base en el mismo, en un 20% a la firma Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda.

3. Que el día 29 de abril de 1981 el Ministerio de Obras dictó la Resolución 3475, por medio de la cual se sancionó a la actora por incumplimiento.

4. Que interpuesto el recurso de reposición, se decidió mediante la Resolución número 5932 de 10 de julio de ese mismo año, la que fue debidamente notificada.

5. Que la demandante presentó luego una nueva reprogramación de inversiones, la que fue aprobada el 8 de abril de 1981.

6. Que la ejecución del contrato el 28 de febrero de ese año mostraba la realidad que se detalla en el hecho 19 de libelo.

7. Que la introducción del equipo discriminado en el hecho 21 tuvo serias demoras no imputables a la demandante.

8. Que la resolución impugnada, la 3475 de 1981 causó los perjuicios que se enuncian en el hecho 27.

En el capítulo "Disposiciones violadas y conceptos de la violación" se alegan tres cargos y se indican como normas infringidas los artículos 16 de la Constitución y el 1º de la Ley 95 de 1980 (sic). Además, también se cita como respaldo la tesis del enriquecimiento sin causa.

Cumplido el trámite de rigor es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la Fiscalía Séptima de la Corporación el fallo deberá ser inhibitorio. Al respecto y en lo pertinente conceptúa en su vista de julio 17 de 1989:

> "En efecto, el doctor Francisco Garavito Alarcón, actuando como procurador judicial de la firma israelí Solel Boneh International Limited, demandó la nulidad de la Resolución número 3475 de 29 de abril de 1981, expedida por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, por medio de la cual se resolvió, entre otras cosas, sancionar a la firma demandada con una multa de quinientos treinta y nueve mil quinientos treinta y seis pesos con setenta y ocho centavos ($ 539.536.78), por incumplimiento parcial de sus obligaciones en desarrollo del contrato número 344 de 1980, celebrado entre el Fondo Vial Nacional y Solel Boneh International Limited —sucursal Colombia—.
>
> "El actor acompañó a la demanda, no la copia del acto cuya nulidad impetra, sino la copia al carbón de la Resolución número 5932 de 10 de julio de 1981, por medio de la cual el Ministerio de Obras Públicas y Transporte resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución demandada 3475 de 29 de abril de 1981.
>
> "Invocando el inciso tercero del artículo 86 de la Ley 167 de 1941, vigente para la época en que se presentó la demanda, el accionante solicitó al Consejo de Estado que

requiriera al Secretario General del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, para que enviara a este proceso copia auténtica de la resolución demandada, que él identifica como el número 5932 de 10 de julio de 1981. Sin embargo ésta no corresponde al acto demandado en este proceso.

"El consejero sustanciador dio curso a la petición previa mencionada, y en consecuencia el Ministro de Obras Públicas y Transporte envió al proceso una copia más de la Resolución número 5932 de 10 de julio de 1981.

"La exigencia de acompañar a la demanda del acto acusado, (sic) y que no se cumplió en el *sub judice*, estaba consagrada en el antiguo Código Contencioso Administrativo —artículo 86— y también lo está en el Decreto 01 de 1984 —artículo 139—.

"Como antes se puntualizó, en el caso que nos ocupa se inobservó el requisito mencionado, y aun cuando la Resolución número 5932 se refiere a la 3475, no es prueba suficiente para acreditar su existencia, contenido y fechas de su notificación para efectos de precisar la caducidad; pero, además, su falta imposibilita el estudio y análisis de su supuesta ilegalidad frente a las disposiciones que se reputaron violadas. El acto que resuelve una reposición puede integrar una unidad con el auto recurrido, pero no lo sustituye jurídicamente".

Por su lado, el Fondo Vial en su alegato que obra a folios 107 y siguientes del cuaderno principal estima que no fueron desvirtuados los motivos expuestos por la administración para imponer la multa. Se basa para el efecto en las pruebas que se practicaron y en especial en el dictamen pericial, del cual se desprende el incumplimiento de la parte actora. De ese alegato se destaca el siguiente aparte que la Sala estima ilustrativo para la definición del presente asunto:

"4.1. Los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad mientras no se demuestre lo contrario. Es así como la resolución acusada goza de este beneficio y no aparece en el proceso prueba que desvirtúe tal situación en los términos pretendidos por la demanda.

"4.2. Como bien lo dijo el auto de mayo 3 de 1982 al negar la suspensión provisional, 'si la sanción obedeció a incumplimiento del contratista, le tocará a éste desvirtuar tal extremo, para así lograr que estaba exento de sanción o pena alguna y que era, la administración precisamente la que estaba en estado de incumplimiento...' (fl. 67, cuaderno 1). Es así, como ya lo he anotado, que el actor en el proceso no ha podido demostrar los hechos afirmados en su demanda ni desvirtuar el acto acusado.

"4.3. El acto demandado, la Resolución 3475 de abril 29 de 1981, prueba fundamental, ya que en él aparecen los hechos que pretende desvirtuar la demanda, no fue aportado con la demanda, ni en ella se solicitó se ordenase fuese remitido por la entidad que lo produjo.

"4.4. De lo manifestado en los hechos de la demanda, se desprende que la resolución impugnada es un acto complejo, siendo su otro extremo la resolución que lo confirmó: La número 5932 de julio 10 de 1981.

"4.5. La omisión al aportar el acto acusado, viola el artículo 139 del C. C. A. que exige que con la demanda 'deberá acompañar por el actor una copia del acto acusado...', omisión que da lugar a que la demanda sea rechazada.

"4.6. Tratándose de un acto complejo, 'debe impugnarse como una unidad y por ende, no puede omitirse ninguno de sus extremos...', afirma el profesor Carlos Betancur J. en su Derecho Procesal Administrativo (pág. 136, 2ª Edic. de 1987).

"En el caso que nos ocupa, la demanda sólo impugna uno de los extremos: La resolución que impuso la multa, pero omitió el otro extremo, aquélla que la confirma, lo cual hace improcedente la actuación ya que el uno no subsiste sin el otro.

"4.7. En los términos anteriores, no habiéndose aportado al proceso el acto demandado, no se pueden conocer los hechos contenidos en él y *que* el actor pretende desvirtuar con su impugnación, ni le permite al fallador tomar una determinación sobre las peticiones formuladas ya que falta el elemento sustancial de la acción: El acto demandado, situación que no se subsana con el aporte al proceso de la resolución que resolvió la reposición y que confirma la multa, pues no da esta los elementos necesarios para tomar una determinación".

La parte actora guardó silencio durante el traslado.

Para la Sala asiste la razón tanto a la Fiscalía como al Fondo Vial y el concepto de aquélla sería suficiente para respaldar la decisión que habrá de tomarse. No obstante ello, se anota:

Cuando se presentó la demanda en noviembre de 1981 estaba en vigencia la Ley 167 de 1941, la que en su artículo 85 exigía en forma perentoria la individualización del acto "con toda precisión". Norma que debía armonizarse con la siguiente, porque el acto acusado debía acompañarse además con las constancias de su notificación.

En torno a esas normas se elaboró la jurisprudencia que terminó siendo la de la Corporación, que exigía que cuando el acto definitivo hubiera sido objeto de recursos por la vía gubernativa, debía impugnarse toda la unidad compleja, compuesta por el acto inicial y por los que contenían la definición de los recursos interpuestos. Se afirmó así que sólo de esa manera se cumplía la exigencia de la debida individualización del acto impugnado. Y se dijo también que no se podía demandar sólo el acto inicial cuando éste hubiera sido recurrido porque la voluntad administrativa se complementaba o completaba con el pronunciamiento del recurso. Como también se sostuvo que, por similar razón, la demanda no se podía instaurar únicamente contra los que decidían los recursos.

Se reforzó la tesis con la idea de que en los casos de actos que requerían motivación (como el aquí impugnado) ésta normalmente se exponía en los distintos pronunciamientos y no sólo en el inicial.

Hoy, frente al nuevo código, se mantiene orientación similar, con el respaldo de la jurisprudencia de la Sala Plena. Jurisprudencia que da a entender que cuando se trate de un acto complejo deberá impugnarse como una unidad; y por ende, no podrá omitirse ninguno de sus extremos.

Frente a la impugnación del acto inicial, mas no de su confirmación, la jurisprudencia también ha venido destacando los inconvenientes que se presentan para el juzgador, quien tendrá que contar el término de caducidad desde la notificación del acto impugnado, el que fuera de no ser el que cierra el debate gubernativo, podría ser de fecha tan anterior que dejara ver, de primer intento, la operancia de la caducidad cuando ésta realmente no se hubiera cumplido.

De allí que de la exigencia del artículo 82 de la Ley 167 (para ocurrir en demanda ante la jurisdicción administrativa es necesario "que se haya agotado la vía gubernativa") en armonía con el artículo 85 de la misma, se desprendía que al individualizar el acto administrativo objeto de la impugnación tenían que indicarse los distintos pronunciamientos de la administración que conjugaban o compendiaban su manifestación final.

Las antecitadas normas tienen hoy su presentación en los artículos 135 y 138 del C. C. A., frente a los cuales ha dicho la doctrina que si el acto A o inicial tiene recursos y éstos fueron interpuestos y decididos mediante las resoluciones B y C (reposición y apelación) confirmatorias, no puede técnicamente afirmarse que queda bien individualizado al impugnarse sólo como A sabiendo que los pronunciamientos B y C se integran al inicial para ratificarlo o precisarlo y prueban, a primera vista, que se cumplió el presupuesto del agotamiento de la vía gubernativa. En otros términos, el acto no es A,

sino la unidad A, B y C. De no ser así, el demandante tendría que atacar el acto A y probar no su notificación sino la del que no ha impugnado.

Pero sea de ello lo que fuere, existe otro obstáculo insalvable para la definición de este proceso: No se probó el acto impugnado (la Resolución número 3475 de 29 de abril de 1981). No se acompañó con la demanda. La demandante sólo pidió la copia de la Resolución número 5932 de 10 de julio de ese año, por la cual se confirmó la primera. Además, su conducta probatoria fue negligente y falta de colaboración. Así, por ejemplo, no facilitó la práctica de las inspecciones judiciales oportunamente decretadas.

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

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 21 de septiembre de 1989.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

INTERVENCION DE TERCEROS / COADYUVANTE / LITISCONSORCIO NECESARIO ACTIVO

La intervención de un tercero en un proceso puede explicarse bien porque se haga parte en él como litisconsorte voluntario o como coadyuvante y el interviniente que llene los requisitos de ley puede escoger una cualquiera de estas formas o ninguna, sin que por hacerlo o no hacerlo se afecte la validez del proceso, pero si es litisconsorte necesario, éste tiene que ser citado o emplazado en legal forma, para que se integre al proceso, de lo contrario presentará la causal de nulidad de que trata el artículo 152-9 del C. de P. C.

LIQUIDACION DEL CONTRATO - Consecuencia / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA

Es cierto lo dicho por el a quo *acerca de que la entidad demandada no podía, al ordenar la liquidación del contrato deducir pretensiones indemnizatorias, pero no lo es en cuanto sostiene que terminado el contrato sólo podía liquidarlo, pues, por lo expuesto en su citada sentencia, sí hubiera podido declarar su incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Si la administración no liquida unilateralmente dentro de los dos meses siguientes al plazo de cuatro meses (para la liquidación bilateral), correrá con los perjuicios que con ello pueda ocasionar al contratista y que éste reclame por la vía jurisdiccional. Transcurridos dos años desde la terminación del contrato, ni el contratista podrá exigir la liquidación y/o los perjuicios, ni la administración efectuarla, pues en tal caso habrá caducado cualquier acción que las partes pudieran promover con fundamento en el contrato.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5334. Actor: Sociedad "Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda.".

Conoce la Sala por vía de apelación la sentencia de 26 de octubre de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 567 a 637, cuaderno 1). El recurso fue interpuesto tanto por el actor, como por la parte demandada.

I. Antecedentes:

1º La Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda. mediante demanda presentada el 23 de mayo de 1983 solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución número 002 de 10 de febrero de 1983 proferida por el Gerente de la Terminal de Transportes de Girardot S. A. y de los actos administrativos posteriores dictados en desarrollo de la misma, entre ellos, el Acta de Liquidación número 003 de 1983, "pidió, además, que como consecuencia se le restableciera en su derecho y se condenara a la demandada al pago de los perjuicios causados con la toma de posesión de las obras contratadas, con lo cual se privó a la demandante de la posibilidad de cumplir con las obligaciones contractuales".

2º El *a quo*, por auto de 7 de julio de 1983 (fl. 161, cuaderno 2) no dio curso a la demanda "por cuanto no se señalan con toda precisión cuáles son los 'actos administrativos posteriores' que se acusan de nulidad..." y porque tampoco se acompañó copia de la Resolución número 003 de 1983 ni se solicitó "su allegamiento previo".

El actor, en escrito presentado el 18 del mismo mes y año (fl. 163, cuaderno 2) acompañó copia de la resolución citada, del acta de liquidación del contrato y de la Resolución número 004 de 1983, agregando que tales "actos administrativos fueron dictados en desarrollo de la Resolución número 002 de 1983, cuya nulidad se demanda en este proceso" y a continuación agregó: "En consecuencia, solicito respetuosamente del honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se sirva tener en cuenta, dichos actos, para que en el evento que se declare la nulidad de la Resolución 002, como consecuencia de ello se declare, igualmente, la nulidad de los actos posteriores dictados en desarrollo de la mencionada resolución".

Finalmente, por auto de 16 de agosto del citado año (fl. 272, cuaderno 1) el tribunal admitió la demanda y ordenó las notificaciones de rigor.

3º Los hechos de la demanda se pueden sintetizar así, advirtiendo que algunos de los expuestos por el demandante constituyen más que hechos, alegaciones jurídicas o simples suposiciones:

a) La demandante celebró con la demandada, el 15 de marzo de 1982, el contrato número 01 de 1982 para la ejecución de obras civiles de interés para la segunda, en el cual se pactaron cláusulas especiales, dentro de las cuales la primera destacó, en su escrito de demanda, las

relativas a entrega de las obras, recibo de las mismas, caducidad administrativa, liquidación y posesión de las obras;

b) Los trabajos se iniciaron el 19 de abril de 1982;

c) La sociedad contratante (demandada), desde la suscripción del contrato, se manifestó "renuente, hostil y ausente de colaboración para el desarrollo y cumplimiento del contrato" por parte de la sociedad contratista (demandante), conducta que se manifestó haciendo entrega tardía y extemporánea de la zona de trabajo, variando unilateralmente las especificaciones de la obra contratada, desconociendo los acuerdos firmados con la interventoría, como representante del contratante y rechazando actas de recibo de obras aprobadas por la misma interventoría;

d) La obra no tuvo precios definidos ni plazo vigente;

e) La zona donde se debían adelantar los trabajos contratados era de difícil cimentación, por tratarse de terrenos arcillosos, cenagosos y carentes de piso firme, lo que dificultó su realización, circunstancia no prevista en la licitación;

f) La sociedad contratante, en forma unilateral e injusta, en el mes de octubre de 1982, "sirviéndose de su voluntad discrecional, abusando de su Poder (sic) y excediéndose en sus funciones de Agente de la Administración *toma posesión de las zonas* en donde la sociedad *contratista* adelanta las obras y expulsa a los trabajadores y representantes", con lo cual dice se le privó de la posibilidad de terminar los trabajos licitados y contratados, de hacer entrega formal de la obra realizada y se la puso en situación de tener que dar por terminado los contratos de trabajo, cancelar créditos y remisiones y no pudo retirar de la obra materiales, maquinaria y elementos de trabajo, los cuales se perdieron, causándole grave perjuicio;

g) Después de la toma de posesión de las obras, la sociedad demandada "para darle ropaje formal a su ilícito proceder, el abuso del derecho, la extralimitación, con fecha 28 de octubre de 1982, dicta la Resolución número 002 de 1982" por la cual *"resuelve decretar la caducidad administrativa* del contrato de 5 de marzo de 1982..." y sin hacer referencia al pago de perjuicios, restitución de dineros, daños causados o sumas a deber, se limitó "a disponer el pago de las *pólizas* suscritas para asegurar al *contratista* en el cumplimiento del contrato";

h) Tanto el contratista como la aseguradora (Compañía de Seguros Comerciales Bolívar) interpusieron recurso de reposición contra dicha Resolución 002 de 1982, recurso que fue resuelto por medio de la Resolución 001 de 24 de enero de 1983, en la cual se revoca la declaración de caducidad por considerar que se había hecho en forma extemporánea, a pesar de lo cual en su artículo 2º ordena tramitar la liquidación del contrato;

i) La Resolución 001 de 1983 (en concepto del actor) liberó a la compañía aseguradora de su obligación por razón de las pólizas de seguro otorgadas "para garantizar el cumplimiento del *contratista,* el uso indebido del anticipo y la *permanencia de las obras*";

j) Con fecha 10 de febrero de 1983, la sociedad demandada (contratante) dictó la Resolución número 002 en la cual "partiendo del presupuesto de que la entidad *contratista,* Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda., había incumplido el contrato" resolvió ordenar la liquidación del contrato, incluir dentro de ella los perjuicios sufridos por la contratante, encargar de la liquidación del contrato al doctor Alvaro Gaviria R. y notificar a la aseguradora que debería responder por las sumas que resultaren a cargo del contratista en dicha liquidación;

k) Ni el contratista ni la aseguradora interpusieron recursos contra la Resolución número 002 de 1983, la que por consiguiente "se *halla legalmente ejecutoriada*";

l) Interpretando la cláusula 12.02 del contrato, la liquidación debía estar precedida de la declaración de la caducidad administrativa del contrato, pero la resolución en donde así se hizo (la número 002 de 1982) había sido revocada por la Resolución número 001 de 1983, por lo cual, la administración "no sólo ha perdido el derecho de hacer la liquidación, sino que ha perdido la competencia para efectuarla", la que, entonces, para el actor, corresponde "a la Rama Jurisdiccional del Poder Público";

m) Como el artículo 3º de la Resolución número 002 de 1983 declara el incumplimiento del contratista y condena al asegurador a responder por las sumas que resultaren a cargo del contratista en la liquidación definitiva, la contratista quedó liberada de la responsabilidad contractual derivada del contrato, "por los presuntos daños y perjuicios que en desarrollo del contrato hubiera podido causar al contratante y a los terceros";

n) Pero la aseguradora también quedó liberada de su obligación en virtud de la revocatoria de la declaración de caducidad que contiene la Resolución número 001 de 1983;

o) Los fundamentos jurídicos que informan la Resolución número 002 de 1983 son los contemplados en el Decreto 150 de 1976, el que fue derogado a partir de 2 de febrero de 1983, por el Decreto 222 de 1983. "La administración no puede invocar normas inexistentes para producir providencias que afecten intereses generales o particulares";

p) La Terminal de Transportes de Girardot S. A., en desarrollo de la Resolución número 002 de 1983, el 21 de abril de 1983, liquidó el contrato 001 de 1982. El acta no fue aprobada por la sociedad contratista, porque su contenido no correspondía a la realidad y porque

"tampoco se presentaron los comprobantes, recibos y documentos que respaldaran los guarismos y conceptos que en ella se anotaban".

4º La sociedad Seguros Comerciales Bolívar, quien expidió dos pólizas de seguros (una, la número 55220, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la demandante y la otra, la número 55214, para garantizar la correcta inversión del anticipo), mediante escrito presentado el 25 de julio de 1983 (fls. 179 a 220, cuaderno 2) solicitó su reconocimiento como parte, "para coadyuvar la demanda" y expresó que si no se aceptaba la demanda o la coadyuvancia misma, pedía "en subsidio" que se le admitiera "la presente demanda como principal e independiente de aquélla y que si se optaba por lo último pedía también la acumulación de demandas, conforme al Código Contencioso Administrativo y al Código de Procedimiento Civil, si subsiste aquella que pretendo coadyuvar".

Con su escrito dijo pretender la nulidad de los mismos actos acusados en la demanda, restableciendo a la aseguradora en su derecho, mediante su desvinculación de cualquier responsabilidad y condenando a la parte demandada al "valor de los perjuicios que se demuestren en el proceso".

En el mismo auto de admisión de la demanda, de fecha 16 de agosto de 1983, se reconoció a la sociedad aseguradora "como parte coadyuvante en este proceso en los términos del artículo 89 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 272 y 273, cuaderno 2).

5º El Ministerio Público en su concepto de fondo, durante la primera instancia, refiriéndose a lo anterior consideró que la aseguradora introdujo "nuevas pretensiones, algunas de las cuales van en contra del coadyuvado, v. gr. cuando interpreta que se le desvincule de cualquier responsabilidad, que en caso de prosperar tal petición sin la nulidad de la orden de liquidación, haría recaer la obligación totalmente en el contratista" por lo cual en su opinión, no se está frente "a la figura de la coadyuvancia". Agregó que de acuerdo con el artículo 52 del C. de P. C., como la solicitud fue presentada antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, sólo ha debido resolverse luego de efectuada a aquélla "pues para el ingreso del coadyuvante es necesario que el proceso ya se haya iniciado y esté pendiente". Considera, entonces, que la aseguradora, en realidad es parte principal en el proceso y se pregunta "pero cuáles son las 'consecuencias procesales' de haber sido vinculado como *coadyuvante?* Qué trascendencia en el proceso tiene su admisión en tales condiciones?", y deja la absolución de los interrogantes al tribunal, quien en la sentencia nada dijo sobre este particular.

6º El Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló así:

"*Primero.* Decrétase la nulidad del parágrafo del artículo primero (1º) del artículo (2º) de la Resolución número 002 de febrero 10 de 1983 proferida por la Terminal de Transportes de Girardot S. A.".

"*Segundo.* Decrétase la nulidad de la Resolución número 003 de fecha once (11) de mayo de 1983, proferida por la Terminal de Transportes de Girardot S. A. en sus artículos 1º en lo relacionado con el acta de liquidación en el numeral V y VII, ordinal 7º y artículo 2º en su totalidad".

"*Tercero.* Decrétase la nulidad parcial del acta de liquidación de fecha abril 21 de 1983 del contrato administrativo número 01 celebrado el 15 de marzo de 1982, entre la Terminal de Transportes de Girardot S. A. y la Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Limitada en los numerales VI y VII ordinal 7º".

"*Cuarto.* Decrétase la nulidad parcial de la Resolución número 004 de 4 de julio de 1983 proferida por la Terminal de Transportes de Girardot S. A. en cuanto confirma la Resolución número 003 en lo relacionado con el acta de liquidación de fecha 21 de abril de 1983 en los numerales V y VII ordinal 7".

"*Quinto.* Deniéganse las demás súplicas de la demanda".

"*Sexto.* Declárase inhibido de pronunciarse sobre el artículo segundo (2º) de la Resolución número 001 de fecha 21 de enero de 1983 proferido por la Terminal de Transportes de Girardot S. A." (fl. 637, cuaderno 1).

7º Para una cabal comprensión sobre lo decidido por el *a quo* se transcriben, a continuación, las partes resolutivas de los actos acusados, subrayando las que fueron anuladas por el *a quo.*

a) Resolución número 002 de febrero 10 de 1983: "El Gerente de la Terminal de Transportes de Girardot S. A., en uso de las facultades que le confieren la ley y los estatutos de la sociedad, debidamente autorizado por la Junta Directiva en reunión de 27 de octubre de 1982. Resuelve:

"*Artículo 1º* Ordenar la liquidación del contrato celebrado entre la Terminal de Transportes de Girardot S. A. y la Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción de obras civiles por un precio de $ 33.633.963.31".

"*Parágrafo: Dentro de la liquidación se incluirán los perjuicios que sufrió la entidad contratante por el incumplimiento del contratista*".

"*Artículo 2º De conformidad con el artículo 192 del Decreto 150 de 1976, encárgase de la liquidación del contrato al doctor Alvaro Gaviria R.*".

"*Artículo 3º* En razón del incumplimiento por parte del contratista, notifíquese la presente resolución a la sociedad Seguros Comerciales Bolívar, quien deberá responder por las sumas que resulten a cargo del contratista en la liquidación definitiva".

"Artículo 4º Contra la presente resolución procederá el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su notificación" (fls. 45 y 46, cuaderno 2).

b) Resolución número 003 de 1983: "El Gerente de la Terminal de Transportes de Girardot S. A., en uso de sus facultades legales y estatutarias ... Resuelve:

"Artículo primero: Aprobar la liquidación del contrato administrativo celebrado entre la Terminal de Girardot S. A. y la Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda. 'COLINCO', contenida en el acta de abril 21 de 1983".

"Artículo segundo: Exigir al contratista y a Seguros Comerciales Bolívar S. A. el pago de la suma de $ 12.619.964.45".

"Artículo tercero: Contra esta resolución procede el recurso de reposición dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación" (fls. 164 y 165, cuaderno 2).

c) Resolución número 004 de julio 4 de 1983: "El Gerente de la Terminal de Transportes de Girardot S. A. en uso de sus facultades legales y estatutarias ... Resuelve:

"Artículo primero: Confírmase en todas sus partes la Resolución número 003 de 1983".

"Artículo segundo: Notifíquese personalmente la presente resolución a la firma contratista Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Colinco Ltda. y a su garante Seguros Comerciales Bolívar S. A., haciéndole saber que contra ella no procede ningún recurso y por lo tanto se encuentra agotada la vía gubernativa" (fls. 174 y 175, cuaderno 2).

d) Acta de liquidación número 3 de 21 de abril de 1983 (se transcribe únicamente el encabezamiento y los apartes anulados por la providencia recurrida):

"En la ciudad de Girardot siendo las diez y media de la mañana (10:30 a.m.) del día jueves veintiuno (21) de abril de un mil novecientos ochenta y tres se reunieron en el edificio en construcción de la Terminal de Transportes de Girardot S. A. situado en la calle 25 con carrera 13 de Girardot, con el fin de liquidar el contrato administrativo celebrado entre la Terminal de Transportes de Girardot y la Compañía de Ingeniería y Construcciones Ltda. que tenía como objeto la construcción a precios unitarios fijos de las obras civiles de la Terminal de Transportes de Giradot, las siguientes personas:

"1º Arquitecto Alvaro Gaviria Rincón, designado liquidador mediante Resolución número 002 de febrero 10 de 1983.

"2º Señor Abraham Conde Tovar, revisor fiscal de la Terminal de Transportes de Girardot S. A.

"3º Ingeniero Manuel Raúl Laguna González, interventor del contrato de obras civiles.

"4º Los doctores Herbert Malaver Ruiz (abogado de profesión) y Jaime Alberto Restrepo López (ingeniero civil) en representación de la firma contratista.

"A continuación se procedió al análisis de las siguientes cifras: ...

"VI) *DETERMINACION DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA FIRMA COMPAÑIA COLOMBIANA DE INGENIERIA Y CONSTRUCCION LTDA. A LA EMPRESA TERMINAL DE TRANSPORTES DE GIRARDOT S. A. POR LA SUSPENSION Y ABANDONO DE LOS TRABAJOS MATERIA DEL CONTRATO DE OBRAS CIVILES DE LA TERMINAL DE TRANSPORTES DE GIRARDOT".*

"A) Para garantizar el fiel cumplimiento de todas las obligaciones del contrato, existe la póliza número 53662 expedida por Seguros Bolívar a favor de la Terminal de Transportes de Girardot S. A. por un valor de $ 10.090.188.99 vigente desde el día 1º de agosto hasta el día 3 de noviembre de 1982";

"B) Con relación al valor del contrato ($ 33.733.963.31) la obra realmente ejecutada por la firma contratista por un valor de ($ 19.513.950.20) equivale a un 58.01% y por consiguiente la obra por ejecutar y que estaba contratada equivale a un 41.9%";

"C) Aplicando los porcentajes anteriores el valor de la póliza tenemos que con base en el costo de la obra por ejecutar el valor de esta póliza ($ 10.090.188.99) debe ser afectada en la suma de $ 4.236.870.119.05 exactamente el 41.99% del total de ella";

"D) *Valor de los perjuicios ocasionados por la firma contratista a la Empresa Terminal de Transportes de Girardot S. A.* $ 4.236.870.41".

"VII) *RESUMEN FINAL DEL VALOR TOTAL DE LAS SUMAS DE DINERO QUE LA FIRMA COMPAÑIA COLOMBIANA DE INGENIERIA Y CONSTRUCCION LTDA., LE SALE A DEBER A LA EMPRESA TERMINAL DE TRANSPORTES DE GIRARDOT S. A.".*

"

"7º *Perjuicios ocasionados por la firma contratista a la Terminal de Transportes de Girardot S. A.* Por la suspensión y abandono de los

trabajos materia del contrato de obras civiles, ver punto VI *ítem* D (Hoja número 4 de esta Acta) ... $ 4.236.870.41".

".....".

II. Fundamentos de la decisión del tribunal:

1º Luego de tomar de la demanda los hechos y de transcribir las pretensiones del actor, las normas violadas y el concepto de la violación, el tribunal *a quo* enumera y transcribe también la parte resolutiva de las resoluciones acusadas y en cuanto al acta de liquidación dice que como ésta "fue proferida con antelación a la corrección de la demanda, pero después de la presentación de la misma", "se entiende cobijada dentro de la petición de 'nulidad de los actos posteriores dictados en desarrollo de la mencionada resolución' (fl. 163) a pesar de que esta (sic) técnicamente no sería un acto administrativo unilateral pues está plasmando el acuerdo de voluntades cuando es suscrita por ambos contratantes. Pero como en el presente caso el acta fue firmada con salvedades como se anotó posteriormente, fácil es concluir que está comprendida dentro de la petición antes señalada" (fl. 610, cuaderno 1).

2º En seguida examina el *a quo* cuál fue el objeto del contrato, cuál su duración y cuáles las actas que se suscribieron en desarrollo del mismo.

3º Sobre la ley contractual aplicable al caso de autos concluye que lo es el Decreto 150 de 1976 porque los contratos se rigen por la ley vigente al momento de su celebración y ésta se entiende incorporada en ellos y además porque la orden de tramitar la liquidación se dio antes de "proferirse" el Decreto-ley 222 de 1983.

4º Acerca de la legalidad del acto que ordenó la liquidación dice que ella encuentra apoyo en lo preceptuado por el último inciso del artículo 191 del Decreto 150 de 1976, pues el término del contrato ya se había cumplido, por lo cual "una vez vencido el plazo contractual o ejecutada la obra lo único que sigue es la liquidación del convenio".

5º Examina luego la naturaleza jurídica de la sociedad demandada y en desacuerdo con su colaborador fiscal, quien la califica de sociedad de economía mixta, el *a quo* la considera como comprendida dentro del género entidad descentralizada indirecta del orden nacional y la especie empresa industrial y comercial del Estado, en los términos del artículo 6º del Decreto 1050 de 1968 y sus creadores así la catalogaron en la escritura número 538 de abril 3 de 1981, de la Notaría Unica de Girardot (por la cual se solemnizó la reforma introducida al artículo primero de sus estatutos, que trata sobre su razón social y naturaleza legal).

6º En cuanto al contrato celebrado con el actor expresa que como es de obra pública y tiene cláusula de caducidad, está entonces exceptuado de la regla general que establece que los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado son de derecho privado.

7º Como el agente fiscal del tribunal había conceptuado que el fallo debía ser inhibitorio por "falta de jurisdicción debido a la previsión contractual del arbitramento" (fls. 577 a 583), el *a quo* considera que aun cuando la sociedad actora solicitó el arbitramento y nombró árbitro, el tribunal arbitral no se conformó porque la entidad demandada no designó el que le correspondía y la demandante no procedió a solicitar ante la justicia que se la requiriera para tal efecto, por lo cual concluye: "Como esto no ocurrió, aceptó la situación y este no es el momento procesal ni la autoridad competente para ordenar lo referente al arbitramento".

8º Pasa luego el tribunal a examinar los actos acusados en cuanto declaran la terminación del contrato y ordenan su liquidación, para lo cual examina en primer lugar si el plazo de vigencia del contrato se encontraba o no vencido.

Dice que en este punto se presentó confusión porque existen "aparentemente dos (2) plazos contractuales, el uno contado a partir de 22 de marzo de 1982 y el otro desde el 19 de abril del mismo año", debido a que, por una parte, la sociedad contratante le comunicó a la contratista que el día 22 de marzo del citado año comenzaba a contarse los 120 días calendario, plazo convenido para la ejecución de la obra, y por la otra parte, porque en el cuaderno de bitácora de la obra, el interventor residente anotó que el 19 de abril del mismo año se dio comienzo a los trabajos.

Como el contrato contemplaba que el plazo para la ejecución de la obra, que era de 120 días, comenzaba a contarse cinco (5) días después de la comunicación que la entidad contratante dirigiera al contratista poniendo a su disposición el anticipo, lo que debía hacer una vez aquélla tuviera en su poder las garantías que debía otorgar la segunda y el original del contrato y la carta de la sociedad demandada tiene fecha 17 de marzo de 1982 ello le sirve al *a quo* para considerar que "el plazo contractual venció el 22 de julio de 1982" y de aquí deduce que cuando la entidad demandada, en la Resolución 002 de 10 de febrero de 1983 declaró en el parágrafo del artículo 1º y en el artículo 3º "el incumplimiento del contrato para ordenar la inclusión de perjuicios en la liquidación", "no lo podía hacer por cuanto lo único que quedaba tal como estaba planteada la situación era la liquidación del convenio. El poder exorbitante se había dejado pasar sin hacer uso de él".

Por lo anterior el *a quo* anuló (en la parte resolutiva de su fallo) el parágrafo del artículo 1º de la Resolución 002 de 1983 en cuanto

ordenaba incluir los perjuicios dentro de la liquidación del contrato. Pero se olvidó de anular el 3º, que en la parte resolutiva menciona también como pasible de anulación; en cambio anuló el 2º sobre nombramiento de quien debería encargarse la liquidación.

En lo relacionado con la Resolución 004 de 4 de julio de 1983 confirmatoria de la 002 de 1983, expresó el *a quo* que correría igual suerte (la anulación), en cuanto confirmaba el incumplimiento y cobraba perjuicios, pero advirtiendo en relación con estas dos resoluciones, "que la orden de liquidación sigue vigente" (Aquí el tribunal, en la parte motiva, habla erróneamente de la Resolución 004 de 1984 cuando es de 1983) (fl. 633, cuaderno 2).

9º En relación con la liquidación del contrato dice el tribunal que la Resolución número 001 de 24 de enero de 1983 en su artículo 2º ordena la tramitación de la liquidación y que "por ser un simple acto de trámite" se abstendrá "de pronunciarse al respecto" (fl. 633, cuaderno 1), como en efecto lo hace en el numeral 6º de la parte resolutiva del fallo.

Y en cuanto al acta de liquidación, que como se recordará, incluía entre las varias partidas debidas por el contratista las relativas a perjuicios, dice que debe modificarse como consecuencia de la declaratoria de nulidad del "numeral tercero de la Resolución número 002 de fecha 10 de febrero de 1983" (lo que no hizo en la parte resolutiva) excluyendo la partida sobre perjuicios (contenidas en los numerales VI y VII y, 8 y 9) y el punto VI literal A porque dice que "existe una póliza de seguros Bolívar (sic) para el fiel cumplimiento de todas las obligaciones del contrato, vigente del día 1º de agosto al 3 de noviembre de 1982" y agrega: "Esto no se acepta por cuanto no se pueden cobrar perjuicios por razón del incumplimiento como dice la Resolución número 002 en su artículo correspondiente decretado cuando había vencido el plazo contractual", y por ello en el numeral tercero de la parte resolutiva del fallo decreta la nulidad parcial del acta de liquidación "en los numerales VI y VII ordinal 7º".

Y por ello, también, en la misma parte resolutiva del fallo decreta, en el numeral segundo, la nulidad de la Resolución número 003 de fecha 11 de mayo de 1983 "en sus artículos 1º en lo relacionado con el acta de liquidación en el numeral V y VIII ordinal 7º y artículo 2º en su totalidad" y en el numeral cuarto, "decreta la nulidad parcial de la Resolución número 004, en cuanto confirma la Resolución número 003 de 1983 en lo relacionado con el acta de liquidación de fecha 21 de abril de 1983 en los numerales V y VII ordinal 7º".

10. Sobre el punto relativo al seguro contratado para garantizar el cumplimiento del contrato por parte del contratista con Seguros Comerciales Bolívar (Póliza número 53662, fl. 243, cuaderno 1), el tribunal llega a la conclusión que como la vigencia de la póliza fue desde el 82-03-03 a las 4 p.m. hasta el 82-11-03 a las mismas 4 p.m., si

se toma como punto de partida del plazo contractual el 22 de marzo de 1982, la aseguradora no sería responsable por cuanto ya habría culminado el plazo contractual. Pero agrega que, sí lo sería si se toma como punto de partida el 19 de abril de 1982 y concluye que sea una o la otra la fecha que se tome, la citada sociedad aseguradora "no deberá dar cumplimiento a lo ordenado en el numeral 3º de la Resolución 002 por cuanto éste se anuló".

III. El recurso:

1º La entidad demandada apeló contra el fallo del tribunal para que "se revoque (sic) los numerales 1º, 2º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia" con fundamento en las consideraciones expuestas en el libelo por el cual interpuso el recurso (fls. 640 y 641, cuaderno 1), que también se sintetizan así:

a) La sentencia decreta la nulidad del artículo 2º de la Resolución número 002 de febrero 10 de 1983 y en dicho artículo se designa liquidador con lo cual se puede afectar la totalidad del proceso de liquidación y además "no es concordante la sentencia en su parte motiva con la resolutiva ya que no se entiende cuál fue la razón para decretar la nulidad del artículo 2º...";

b) "Si lo que pretendía el Tribunal era decretar la nulidad del artículo 3º de la resolución que ordenaba exigir el pago de la póliza a Seguros Comerciales Bolívar, como se afirma en los considerandos ...esta decisión es ilegal" porque de acuerdo con "los medios probatorios" que existen y obran en el proceso el contrato comenzó "a ejecutarse el 19 de abril de 1982 y venció el 17 de agosto del mismo año. Considerando que el seguro expedido ... tiene fecha de expedición de agosto 3 de 1982, es evidente que fue esta compañía quien asumió el riesgo de cumplimiento (sic)";

c) En el libelo que descorre el traslado en segunda instancia (fls. 648 a 651, cuaderno 1), repite la argumentación expuesta en el memorial de apelación y después de formular algunas consideraciones sobre por qué el plazo contractual de 120 días no pudo comenzar el 22 de marzo de 1982, concluye que se inició realmente el 19 de abril de dicho año, por lo cual cuando se expidió la póliza de cumplimiento del contrato éste se encontraba vigente y, por consiguiente Seguros Comerciales Bolívar "es responsable del incumplimiento que se presentó cuando expiró el plazo pactado para la ejecución de las obras y el contratista no las entregó a cabalidad" y termina pidiendo a esta Corporación que "se sirva revocar parcialmente la sentencia impugnada".

2º La sociedad demandante también interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que además de las nulidades allí declaradas se declaren las de los artículos 1º y 3º

de la Resolución 002 de 10 de febrero de 1983, la totalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Resolución 003 de 1983, la totalidad de la Resolución 004 de julio 4 de 1983 y el Acta de Liquidación del Contrato 01, de fecha 21 de abril de 1983.

Al interponer el recurso, la actora advirtió que, en el término previsto en el artículo 212 del C. C. A., lo sustentaría (fls. 642 y 643, cuaderno 1); sin embargo, al corrérsele el traslado de rigor por esta superioridad no lo hizo, por lo cual, mediante auto de 10 de abril pasado se declaró desierto en cuanto a ella corresponde.

3º La sociedad Seguros Comerciales Bolívar S. A., que como se dijo, coadyuvó la demanda, al descorrer el traslado de la apelación (fls. 659 a 666, cuaderno 1), sostiene que el plazo contractual pactado para la ejecución de las obras comenzaba a correr cinco días después de la fecha de la comunicación al contratista sobre estar a su disposición el valor del anticipo (cláusula 601) y que como dicha carta tuvo fecha de 17 de marzo de 1982, el plazo se inició el 22 de marzo y venció el 22 de junio del mismo año, por lo cual la póliza de cumplimiento y la de correcta inversión del anticipo, se expidieron cuando no existía riesgo asegurable, faltando así "uno de los elementos del contrato de seguro, que a su vez conlleva a que dichas pólizas sean ineficaces de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, y por consiguiente no producen efecto alguno, al tenor de lo previsto en los artículos 897 y 1045 del Código de Comercio" (Esto porque las pólizas de Seguros Comerciales Bolívar S. A., tiene fechas de vigencia así: La de cumplimiento desde el 3 de agosto de 1982 y la de correcta inversión del anticipo desde el 3 de julio de 1982).

Más adelante, la apoderada de la aseguradora arguye que "la Terminal de Transportes de Giradot S. A. obtuvo con clara reticencia pólizas de mi mandante, cuando ya había expirado el término, cuando ya no existía el riesgo asegurable, y cuando ya existía el siniestro".

A continuación explica que la Resolución 002 de octubre 28 de 1982 decretó la caducidad del contrato y ordenó hacer efectivas las pólizas expedidas por la citada sociedad aseguradora sin hacer referencia al pago de perjuicios sufridos por la entidad contratante con el supuesto incumplimiento, pero que ella fue revocada mediante la número 001 de 24 de enero de 1983, con fundamento en que se había declarado la caducidad después de finalizado el contrato y agrega que en esa misma Resolución 001 se ordena la liquidación del contrato pero no se ordena incluir en dicha liquidación sumas por concepto de perjuicios o de daños causados por el contratista de donde concluye que "de esta manera las pólizas de seguros otorgadas para garantizar el cumplimiento del contratista y la correcta inversión del anticipo, dejan (sic) de ser exigibles en sus obligaciones en favor de la entidad contratante y beneficiaria".

Luego agrega que "mediante la Resolución número 002 de 1983 la Terminal de Transportes de Girardot S. A. ordena la liquidación del contrato y ordena, también, con claro abuso del derecho, incluir dentro del mismo la liquidación de perjuicios que sufrió la entidad contratante por el incumplimiento del contratista", para enseguida aseverar —luego de citar una providencia de esta Corporación de 15 de junio de 1972— que ni en el Decreto 222 de 1983 (arts. 287 a 289) ni el Decreto 150 de 1976 "estatuto vigente por la época de la celebración del contrato", aparece ninguna "facultad otorgada a la administración para liquidar unilateralmente perjuicios a su favor". Dice, entonces, que "debe mantenerse en firme la sentencia que anuló los apartes de los actos administrativos que liquidaron, valoraron y aprobaron perjuicios supuestamente ocasionados por el contratista y que ordenaron hacer exigibles las pólizas".

Comentando el memorial mediante el cual la entidad demandada interpuso el recurso de apelación sostiene que "lo interpuso para que 'se revoque (sic) los numerales 1º, 2º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia antes mencionada'. Esto quiere decir que el numeral tercero de la sentencia, está en firme y debidamente ejecutoriada (sic) para la demandada, por voluntad de la misma, pues ésta limitó el ámbito del recurso de apelación únicamente a los numerales 1º, 2º y 4º de la sentencia, por lo que estimó que el recurso se debe fallar en la extensión solicitada por el demandado" (Para entender lo que aquí quiere decir la aseguradora, recuérdese que el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia, decretó la nulidad parcial del acta de liquidación de abril 21 de 1983 del contrato en los numerales VI y VII ordinal 7º, los cuales determinaban los perjuicios y mencionaban la póliza de "Seguros Bolívar" que garantizaba "el fiel cumplimiento de todas las obligaciones del contrato").

Termina pidiendo que, como en su concepto, la sentencia no está sujeta a consulta y el recurrente (la entidad demandada) limitó su apelación, el *ad quem* debe mantener "en firme los apartes de la sentencia que le son favorables a mi mandante Seguros Comerciales Bolívar S. A. ... aclarando que en ningún modo me opongo a que se despachen favorablemente las peticiones de la demanda principal...".

4º La Fiscal Segunda de esta Corporación en su vista de fondo, considera que en la sentencia apelada existe un error en la parte resolutiva, "fácilmente detectable si se estudia la parte motiva de la misma providencia", error que "ha podido ser enmendado solicitando, como lo establece la ley, una aclaración de la sentencia", error que consiste en que el numeral primero del fallo apelado decretó "la nulidad del parágrafo del artículo 1º y del artículo 2º de la Resolución número 002 de febrero 10 de 1983", cuando ha debido anular el parágrafo único del artículo 1º y el artículo 3º que se refiere a la notificación a la sociedad Seguros Bolívar, "quien deberá responder por las sumas que resulten a cargo del contratista en la liquidación definitiva"

y no el artículo 2º que no tiene parágrafo y que además se refiere sólo al nombramiento de liquidador del contrato.

"Lo anterior —dice la Fiscal— se deduce claramente de los considerandos del fallo, pues los argumentos en él consignados indican que la orden de liquidación no se debía anular, pues en el presente caso la liquidación era lo procedente; lo que no era legal, ni podía hacer la administración, era incluir dentro de la liquidación los perjuicios por el incumplimiento del contrato".

En cuanto hace relación con el plazo contractual la Fiscalía está de acuerdo en tener como fecha de su iniciación el 22 de marzo de 1982, con lo cual está implícitamente de acuerdo en que cuando se expidió la póliza de seguros Comerciales Bolívar para garantizar el cumplimiento del contrato éste ya había vencido.

Termina pidiendo, entonces, que se modifique el punto primero de la parte resolutiva del fallo en cuanto anuló el parágrafo 2º de la Resolución 002 de 10 de febrero de 1983, parágrafo que no existe, para en cambio anular el artículo 3º de esa misma resolución, debiendo ser confirmados, en su opinión, los demás puntos de la sentencia recurrida.

IV. Consideraciones:

1º Dada la complejidad fáctica del caso, la Sala estima conveniente compendiarlo así:

a) La sociedad Terminal de Transportes de Girardot S. A. empresa industrial y comercial del Estado celebró un contrato de obra con la Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda., en el cual se pactó un plazo de 120 días para la ejecución de la obra;

b) En octubre de 1982, la sociedad contratante dictó la Resolución número 002 de 1982, por la cual decreta la caducidad administrativa del contrato por incumplimiento de obligaciones del contratista (entre ellas la de terminación de la obra, dentro del plazo pactado) (art. 1º) y resuelve "solicitar a la compañía de Seguros Comerciales Bolívar el pago" de las pólizas de cumplimiento del contrato y de correcta inversión del anticipo (art. 2º);

c) La contratista y la aseguradora pidieron la reposición de dicha resolución y la contratante resolvió el recurso mediante Resolución 001 de 1983, revocando los artículos 1º y 2º de la Resolución 002 de 1982, porque consideró que la resolución de caducidad se había dictado extemporáneamente y que "para determinar la responsabilidad del contratista y de la compañía aseguradora es necesario liquidar el contrato" (art. 1º) y ordenó (art. 2º) que por separado se tramitará "la liquidación del contrato administrativo...";

d) Por Resolución número 002 de 10 de febrero de 1983, la contratante resolvió ordenar la liquidación del contrato (art. 1º) e incluir en la liquidación "los perjuicios que sufrió la entidad contratante por el incumplimiento del contratista" (parágrafo del art. 1º); designó liquidador (art. 2º) y ordenó que "en razón del incumplimiento por parte del contratista, notifíquese la presente resolución a la sociedad Seguros Comerciales Bolívar, quien deberá responder por las sumas que resulten a cargo del contratista en la liquidación definitiva" (art. 3º);

e) En Acta de Liquidación de 21 de abril de 1983, que el contratista dijo no firmar por tener objeciones, se especificaron los distintos aspectos de la liquidación y las sumas a cargo del contratista y de la compañía aseguradora, así como el monto de los perjuicios por el incumplimiento del contrato, a cargo de aquéllos;

f) Por Resolución número 003 de 11 de mayo de 1983 la entidad contratante aprobó la liquidación del contrato (art. 1º) y dispuso que se exigiera "al contratista y a Seguros Comerciales Bolívar S. A. el pago de la suma de $ 12.619.964.45" (art. 2º);

g) Tanto el contratista como la aseguradora interpusieron recurso de reposición, el que fue resuelto por la Resolución número 004 de 4 de julio de 1983, la cual confirmó en todas sus partes la Resolución 003 de 1983 (art. 1º) y declaró agotada la vía gubernativa;

h) La sociedad contratista (Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda.) demandó la nulidad de los actos indicados en los literales d) y g), precedentes;

i) La sociedad aseguradora, Seguros Comerciales Bolívar, presentó un escrito (fls. 179 a 220, cuaderno 2) para decir que coadyuvaba la demanda de la contratista, en el que pide la nulidad de los mismos actos acusados por aquélla y en las peticiones dice: "Que se acepte a mi mandante (Seguros Comerciales Bolívar) como parte, para coadyuvar la demanda presentada por la Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda. ... Pido además que se restablezca el derecho de mi mandante, desvinculándola de cualquier responsabilidad" *"petición subsidiaria: Primera:* Desde ahora solicito al honorable tribunal que, si por algún motivo no fuere aceptada la demanda que por este escrito coadyuvo, o la coadyuvancia misma, se me admita la presente demanda, como principal e independiente de aquélla, ya que mi mandante es parte interesada en las nulidades de las resoluciones...".

En el auto admisorio de la demanda se reconoció, igualmente a Seguros Comerciales Bolívar S. A. "como parte coadyuvante..." (fls. 272 y 273, cuaderno 2).

Este auto se notificó *luego* a todas las partes y ninguna lo recurrió;

j) El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió en la forma como se indica en el Capítulo *II. Antecedentes de la decisión del tribunal;*

k) Demandante y demandada apelaron de la sentencia. El recurso de la demandante se declaró desierto porque no lo sustentó. Se admitió en cuanto a la demandada, quien sí lo sustentó.

Durante el traslado alegaron todas las partes y lo hizo la aseguradora expresando que lo hacía "como coadyuvante".

2º No ofrece duda que en cuanto a la sociedad demandante el recurso de apelación que interpuso, al no ser sustentado quedó desierto, como no lo ofrece el que en relación con la entidad demandada su apelación la encamina a obtener la revocación de los numerales 1º, 2º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el *a quo*.

A este propósito, debe recordarse que el numeral 1º de la sentencia recurrida decretó "la nulidad del parágrafo del artículo primero (1º) y del artículo segundo (2º) de la Resolución 002 de febrero 10 de 1983 proferida por la Terminal de Transportes de Girardot S. A."; que el numeral 2º decreta la nulidad de la Resolución número 003 de 1983 "en lo relacionado con el acta de liquidación en el numeral V y VII ordinal 7º y el artículo 2º en su totalidad"; y que el numeral 4º decreta la nulidad parcial de la Resolución número 004 de 1983 "en cuanto confirma la Resolución número 003 en lo relacionado con el Acta de Liquidación de fecha 21 de abril de 1983 en los numerales V y VII ordinal 7º". Teniendo estos actos anulados por el *a quo* íntima relación con el Acta de Liquidación, no se entiende por qué la entidad demandada —apelante—, en su recurso, no impetró también la revocatoria del numeral 3º del fallo, numeral por el que se anula parte de dicha Acta de Liquidación.

3º El artículo 1º de la Resolución 002 de 1983 ordenó en su primer inciso la liquidación del contrato y en su parágrafo, dispuso: "Dentro de la liquidación se incluirán los perjuicios que sufrió la entidad contratante por el incumplimiento del contratista".

La entidad demandada —apelante— ni al sustentar el recurso ni al descorrer el traslado de rigor ante esta Corporación, expuso argumento alguno para justificar la revocatoria que pide de la totalidad del numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia.

La Sala está parcialmente de acuerdo con el *a quo*, cuando decidió la nulidad del parágrafo, por considerar que habiendo terminado el contrato sin que la administración lo hubiera incumplido el único paso que le quedaba era el de liquidarlo pero sin que pueda "sacar pretensiones indemnizatorias derivadas del incumplimiento del contratista" pues para ésto tendría que acudir al juez del contrato.

Se dice que se está parcialmente de acuerdo con esta motivación del *a quo* porque la Sala se permite recordar que en providencia de 29 de enero de 1989 (Expediente número 3615, actor Darío Vargas Sanz) rectificó en parte su doctrina según la cual la administración no puede declarar unilateralmente el incumplimiento de un contrato administrativo de tracto sucesivo después de su vencimiento, salvo cuando la declaratoria se hace después de ese vencimiento como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en cuyo caso sí podrá declarar unilateralmente el incumplimiento, *pero sólo para dicho fin.*

En conclusión, es cierto lo dicho por el *a quo* acerca de que la entidad demandada no podía, al ordenar la liquidación del contrato deducir pretensiones indemnizatorias, pero no lo es en cuanto sostiene que terminado el contrato sólo podía liquidarlo; pues, por lo expuesto en su citada sentencia, sí hubiera podido declarar su incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (que el contrato la previó en su artículo 6.06 pero que la entidad contratante decidió no aplicar). En los numerales 5º y 6º subsiguientes, la Sala explica la razón de lo aquí afirmado.

4º Séntado que no procede la revocatoria del numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia apelada en cuanto anuló el parágrafo del artículo 1º de la Resolución 002 de 1983 (el que ordena incluir en la liquidación perjuicios, sin hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria), entra la Sala a examinar lo relativo a la nulidad del artículo 2º de la citada resolución, declarada en el mismo numeral 1º de la parte resolutiva del fallo de primera instancia.

Por el artículo 2º, recuérdese, la sociedad demandada designó liquidador del contrato.

La colaboradora fiscal entendió que el numeral se refería al parágrafo del artículo 1º y a un pretendido parágrafo del artículo 2º, pero no puede entenderse así pues la sentencia, en esta parte, no habla de los parágrafos de los artículos 1º y 2º, sino del parágrafo del artículo 1º y del artículo 2º, de donde el uso del singular tiene que significar que se estaba refiriendo al del artículo 1º, con mayor razón cuando el artículo 2º carece de parágrafo y sí lo tiene el 1º. La misma colaboradora interpreta que el juzgador debió referirse al artículo 3º y no al 2º que se limita a designar liquidador del contrato, pero lo cierto es que el juzgador menciona el 2º y no el 3º, y aquélla dice que "dicho error ha podido ser enmendado solicitando, como lo establece la ley, una aclaración de la sentencia".

La Sala no cree que el camino de la aclaración fuera el indicado, pues éste lo establece el C. de P. C. (art. 309) para conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, que estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o en la motiva e influyan en aquélla, y en la providencia apelada no se trata de conceptos o frases, ni de la

parte resolutiva ni de la motiva, que ofrezcan dudas, sino de una declaratoria expresa de nulidad del artículo 2º de la Resolución 002 de 1983, proferida por la demandada.

Lo anterior se deja sentado simplemente como aclaración doctrinaria a lo dicho por la Fiscal de esta Corporación.

Ahora se procede a examinar la solicitud de la entidad demandada (apelante) en el sentido de pedir la revocatoria del numeral 1º de la parte resolutiva del fallo en cuanto decretó la nulidad del citado artículo 2º, que funda, como atrás se explicó en que "no es concordante en su parte motiva con la resolutiva ya que no se entiende cuál fue la razón para decretar la nulidad del artículo 2º de la Resolución 002 de febrero 10 de 1983".

No le falta razón al recurrente pues es cierto que aun cuando la parte actora en las pretensiones de su demanda solicitó la nulidad de toda la Resolución 002, incluyendo dicho artículo 2º, nunca se refirió, para atacarlo, en forma concreta a él, sino que la combatió en cuanto que ordena la liquidación del contrato (lo que hace en el art. 1º) y expresa que "en razón del incumplimiento por parte del contratista, notifíquese la presente resolución a la sociedad Seguros Comerciales Bolívar, quien deberá responder por las sumas que resulten a cargo del contratista en la liquidación definitiva" (lo que hace en el art. 3º).

Para la Sala es evidente que si el *a quo* decidió no declarar la nulidad del inciso 1º del artículo 1º de la Resolución 002 de 1983, fue porque consideró que, vencido el plazo convenido para la ejecución de la obra contratada, a la administración no le quedaba otro camino que proceder a la liquidación del contrato (como lo ordenó en dicho inciso 1º), en lo cual la Sala está de acuerdo. En cambio, es contradictorio anular, como lo hizo, el nombramiento de liquidador, nombramiento que es una consecuencia de la liquidación ordenada. Siendo esto así habrá de ordenarse la reforma del numeral 1º de la parte resolutiva del fallo, en cuanto anula el nombramiento de liquidador.

5º La sociedad actora apeló del fallo, para solicitar la nulidad de la Resolución 002 de 1983 y al descorrer el traslado para alegar de conclusión sostuvo que la demandada no podía ordenar la liquidación del contrato porque ella debía estar precedida de la declaración de caducidad y ésta había sido declarada primero (Resolución 002 de 28 de octubre de 1982) pero luego revocada (Resolución 001 de 1983) (fls. 654 a 657, cuaderno 1).

Por falta de sustentación oportuna del recurso de la actora, éste se declaró desierto, pero la Sala considera útil, también por vía de doctrina, dejar sentado que no es cierta la tesis presentada en forma tan general; y no es cierta, ni bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983 ni bajo la del Decreto 150 de 1976, por lo dispuesto en el inciso último del artículo 287 del primero de los citados decretos y en el mismo

inciso del artículo 191 del segundo. El citado inciso del artículo 191 del Decreto 150 de 1976 se debe considerar incluido en el contrato por mandato del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, sin que por ello pueda entenderse el artículo 12.01 del contrato en el sentido de que la liquidación del mismo, hecha bien por las partes o unilateralmente por la administración sólo sea procedente cuando se declare la caducidad administrativa.

Terminado un contrato en forma normal o anormal, dijo esta Corporación en su citado fallo de 29 de enero de 1988, "el único paso que queda es el de su liquidación, etapa en la que se observa cierta exorbitancia, ya que la administración podrá liquidar unilateralmente, si no existiere acuerdo entre las partes para el efecto", y esto fue lo que sucedió ya que no hubo dicho acuerdo, como lo reconoce la misma demandante en el hecho cuarto de su libelo introductorio (fls. 10 y 11, cuaderno 2).

Es verdad que en la misma providencia la Corporación afirmó que porque la ley no expresa qué plazo tiene la administración ello no quiere decir "que pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo" y añade que se considera "como término plausible el de cuatro meses; dos a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo para la liquidación. Si se vence este último la administración no podrá esperar más y deberá proceder a la liquidación unilateral, mediante resolución administrativa debidamente motivada".

En fecha reciente, la Sala dijo que vencido ese lapso de cuatro meses, la administración tendrá dos meses para efectuar unilateralmente el trabajo liquidatorio del caso. Así se expresó: "Para efectos de determinar la fecha de liquidación del contrato, la Sala ha venido aceptando como término plausible el de cuatro meses: Dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo (Sentencia enero 29 de 1988, expediente 3615. Actor Darío Vargas). A falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (Decreto-ley 2304 de 1989, arts. 1º y 7º) y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta" (Sentencia de noviembre 9, 1989, expedientes números 3265 y 3461. Actor: Consorcio CIMELEC LTDA. - INCOL LTDA.).

La Sala, en ninguna de las dos oportunidades citadas estudió, seguramente porque no importaba para los casos que tenía que decidir,

cuál es la consecuencia que sigue si la administración deja vencer esos plazos y no ejercita su facultad de liquidación bilateral o unilateral.

La ley no contempla dicha consecuencia y no podía hacerlo dado que tampoco regula lo relativo a los plazos, encontrándose aquí un típico caso de laguna legal que debe llenar el juez, llamado a decidir un conflicto y estando obligado a hacerlo so pena de incurrir en responsabilidad por denegación de justicia (art. 48, Ley 153 de 1887).

Quizá dos posiciones pueden adoptarse al respecto: Una que sostenga que en tal evento, si ni las partes de común acuerdo, ni la administración, liquidan, la administración conserva su facultad de liquidar unilateralmente, en cualquier tiempo, sin que ello obste para que el contratista recurra a la vía jurisdiccional para reclamar del juez que la ordene y, además, puede pedir que sea indemnizado por los perjuicios que la omisión administrativa le hubiere inferido. La otra, que la administración ya no puede hacerlo (liquidar unilateralmente) y que debe, entonces, recurrir al juez del contrato para que la ordene y la efectúe.

La Sala se inclina por la primera de dichas tesis, es decir, por la que sostenga que si la administración no liquida unilateralmente dentro de los dos meses siguientes al plazo de cuatro meses (para la liquidación bilateral), correrá con los perjuicios que con ello pueda ocasionar al contratista y que éste reclame por la vía jurisdiccional.

En todo caso, debe quedar claro que transcurridos dos años desde la terminación del contrato, ni el contratista podrá exigir la liquidación y/o los perjuicios, ni la administración efectuarla, pues en tal caso habrá caducado cualquier acción (o, mejor, proceso), que las partes pudieran promover con fundamento en el contrato (arts. 87 y 136 del C. C. A., tal como quedaron modificados por los arts. 17 y 23 del Decreto 2304 de 1989).

Lo anterior lo expresa la Sala simplemente para contribuir a la formación o integración de lo que podría llamarse el derecho contractual estatal, materia aún en formación no sólo en nuestro medio sino en el de países con tanta tradición jurídica como son Francia y España, para mencionar sistemas que nos son muy cercanos y de los cuales se han copiado algunas instituciones. Y se hace sólo con dicho propósito pues por la circunstancia de no ser viable el recurso sino para la entidad demandada y por ello no podérsele desmejorar su posición al resolverlo no puede ahora la Sala revocar la decisión del *a quo* en cuanto no accedió a anular el primer inciso del artículo 1º de la Resolución 002 de 1983, que precisamente ordena proceder a la liquidación del contrato.

Cuando el plazo convenido para la terminación de una obra transcurre sin que ésta haya finalizado, la administración no sólo puede sino que debe proceder a la liquidación del contrato y la resolución

que en dicho sentido dicte estará bien fundada y por ello, vuelve a repetirse, hizo bien el *a quo* al negar la nulidad del artículo 1º de la Resolución número 002 de 1983, en cuanto ordena dicha liquidación.

Infortunadamente se ha entronizado en nuestro medio una práctica viciosa, consistente en que la administración en el acto en donde materializa su decisión, no se limita a ordenar la liquidación sino que califica el hecho del transcurso del lapso sin que hubiera terminado la obra, como incumplimiento del contrato imputable al contratista y ordena su terminación y liquidación y, frecuentemente, añade que la compañía aseguradora del riesgo del incumplimiento o que garantiza el cumplimiento, deberá responder por perjuicios.

Se dice que la práctica es viciosa porque lleva a calificar la orden de liquidación, como *decisión de terminación e incumplimiento* y es más viciosa si se tiene en cuenta que el estatuto contractual que rige (Decreto 222 de 1983), como también lo hacía el que reemplazó (Decreto 150 de 1976), contempla la facultad de declarar la terminación y la caducidad como fenómenos distintos y para cuyo ejercicio se requieren condiciones y requisitos muy precisos, que aquel estatuto enumera taxativamente para cada caso (art. 19 *para la terminación unilateral* por consideraciones de orden público o coyuntura económica crítica y artículo 62 *para la caducidad*), a pesar de que ambos eventos conducen al mismo fin: La terminación del contrato.

El lapso convenido para la ejecución de una obra puede finalizar sin que necesariamente ello signifique que por no haberse terminado la obra hubiere incumplido el contratista, ya que la parte incumplida puede haber sido la otra y no existe norma alguna en el estatuto de contratación pública colombiana y menos en el de contratación privada, que autorice a cualquiera de las partes contratantes para calificar unilateralmente que esa finalización constituye un incumplimiento de quien debía ejecutar la obra (excepto, en materia administrativa, en los casos indicados en el párrafo anterior y, además, cuando la administración declara el incumplimiento para efecto del cobro de la cláusula penal pecuniaria y las multas insolutas, una vez terminado el plazo contractual).

Obsérvese que aún tratándose de la facultad de declarar la caducidad, el sólo incumplimiento del contrato no justifica su ejercicio, sino que es necesario que de ese incumplimiento se deriven consecuencias que hagan *imposible*, a juicio de la entidad contratante, la ejecución del contrato o se causen perjuicios a dicha entidad (art. 62, literal f, Decreto 222 de 1983), sin que pueda decirse que porque ello quede al "juicio de la entidad contratante", ésta tenga un poder absolutamente discrecional para estimar esos hechos que justifiquen su decisión. En otras palabras, la *imposibilidad* debe estar fundada en hechos reales y no simplemente imaginados por la entidad administrativa contratante (En el Decreto 150 de 1976, art. 49, literal d, se

contemplaba también la facultad de la administración para declarar la caducidad por incumplimiento del contratista a sus obligaciones, cuando a juicio de aquella se hiciera *inconveniente* la continuación del mismo, de donde resulta que el nuevo estatuto contractual es más exigente en cuanto a la causa justificativa para el ejercicio de esa facultad).

Además, nótese que bajo ambas disposiciones, la declaratoria de caducidad presupone que el contrato se halle vigente, pues como lo ha dicho la Sala, no se puede declarar caducado lo que ya está vencido (ver por ejemplo auto de 14 de agosto de 1986, expediente 4957), tesis morigerada únicamente en el sentido de aceptar que pueda ejercitarse la facultad de declarar el incumplimiento, después de vencido el término contractual para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (ver sentencia de 29 de enero de 1988, expediente número 3615). El fundamento de tal precisión jurisprudencial radica, en que si no pudiera la administración declarar el incumplimiento ya vencido el contrato, ella no podría hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que precisamente presupone ese incumplimiento. Pero considera la Sala que no es sólo por ésto, sino también porque la cláusula penal pecuniaria tiene una cuantía única, determinada, precisa, de perjuicios estimados anticipadamente, que no admite discusión, cuando, en cambio, la existencia de otros perjuicios y su monto carece de esas características y está sujeta a la prueba que sobre tales extremos se aduzca ante el juzgador, quien precisamente tendrá a su cargo valorarla y deducir las consecuencias que de dicha valoración resulte.

Se tiene, entonces, que durante la ejecución del contrato la administración tiene el poder o facultad de declarar el incumplimiento en los siguientes dos casos: a) Para imponer y cobrar las multas que contemple el mismo contrato; y b) Para decretar la caducidad del mismo.

Terminado el contrato, por vencimiento de su plazo, la administración puede declarar el incumplimiento sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (ver la sentencia citada de 29 de enero de 1988, expediente 3615). Esta tesis la ratificó recientemente la Sala en sentencia de noviembre de 1989, expediente número 5252, acumulado 5298, actor: Seguros del Comercio S. A.).

Además, la Corporación, en providencia de 29 de septiembre de este año (expediente números 3917 —9148—, actor: Organización Farmacéutica Americana S. A. "O.F.A.") expresó, haciendo relación a su jurisprudencia, que "terminado el contrato por vencimiento del plazo pactado, lo único que resta es la liquidación del contrato" y luego de la cita pertinente, agregó: "Dentro de este orden de ideas, mal podía la administración, como lo pretende la actora, declarar terminado lo que por agotamiento del plazo se había extinguido, para proceder a la liquidación del contrato. Entre otras razones, porque vencido el plazo,

la administración pierde el poder exorbitante de darlo por terminado unilateralmente, de modo que, vencido el plazo sin que el contrato se hubiera ejecutado total o parcialmente, bien pudo la administración hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y proceder a liquidar en los términos de la resolución impugnada".

Y si la administración no puede aclarar por sí y ante sí el *incumplimiento* del contrato, excepto en el caso del literal f del artículo 62 o, vencido el plazo, para el cobro de multas insolutas y de la cláusula penal pecuniaria, menos puede ordenar que la resolución declarando el incumplimiento se notifique a la aseguradora del riesgo de incumplimiento añadiendo que ello debe hacerse porque ésta "deberá responder por las sumas que resulten a cargo del contratista en la liquidación definitiva (del contrato)", incluyendo en éstas "los perjuicios que sufrió la entidad contratante por el incumplimiento del contratista" como lo hizo en la Resolución número 002 de 10 de febrero de 1983, en el parágrafo del artículo 1º y en el artículo 3º.

Una cosa es ordenar la liquidación del contrato y otra muy distinta es ordenarla por incumplimiento del contrato.

La liquidación debe proceder siempre que termina el contrato (bien por su ejecución, por el vencimiento del plazo pactado o por cualquiera otra causa) y debe ordenarla el contratante y aún efectuarla o ejecutarla unilateralmente si no logra un acuerdo con el contratista para hacerla de consuno. En cambio, cuando se ordena *por incumplimiento del contrato*, es necesario que éste se declare, en el mismo acto que la dispone o en uno separado, pero en cualquiera de estos dos eventos es necesario que la administración tenga la facultad de declarar ese *incumplimiento*, facultad que según se vio no tiene sino en los casos indicados atrás.

Por esto, en el caso que ahora estudia la Sala, ésta considera que estuvo parcialmente acertado el *a quo*, cuando en un aparte de las consideraciones de la providencia apelada, expresó: "El acto administrativo transcrito (se está refiriendo a la Resolución 002 de 24 de enero de 1983) está aduciendo en el artículo 3º el incumplimiento del contrato para ordenar la inclusión de reconocimiento de perjuicios en la liquidación. Era posible que la administración lo hiciera teniendo en cuenta que el plazo contractual estaba vencido? Considera la Sala que no lo podía hacer por cuanto lo único que quedaba, tal como estaba planteada la situación, era la liquidación del convenio. El poder exorbitante (se refiere a la declaratoria de la caducidad por incumplimiento) se había dejado pasar sin hacer uso de él" (fl. 630, cuaderno 1. Los paréntesis fuera del texto).

Se dice que estuvo parcialmente acertado el *a quo*, porque el artículo 3º citado habla no sólo de responsabilidad de la aseguradora por los perjuicios que resultaren a cargo del contratista, en la liqui-

dación definitiva, por razón de su incumplimiento, sino de todas las sumas a su cargo y es obvio que sí podía expresar que la aseguradora respondería de otras sumas distintas a perjuicios que resultaren a cargo del contratista (v. gr. por anticipos no amortizados o por obra pagada y no ejecutada).

Es cierto, como lo afirma la entidad pública apelante, que el *a quo* incurrió en un error en el numeral 1º de la parte resolutiva cuando anuló el parágrafo del artículo 1º (que dispuso incluir en la liquidación los perjuicios "que sufrió la entidad contratante por el incumplimiento del contratista") y anuló también el artículo 2º de la Resolución 002 de 24 de enero de 1984 (que nombró liquidador), pues si acertó en la cita del parágrafo del artículo 1º, se equivocó en la del artículo 2º, cuando ha debido mencionar el 3º, puesto que a éste fue al que se refirió como anulable en la parte motiva de su providencia (ver numeral del Capítulo *II. Fundamentos de la decisión del tribunal*). La mención en la sentencia (numeral 1º de la parte resolutiva) del artículo 2º, por lo expuesto, deberá ser anulada.

6º La entidad demandada, apelante, pidió que se revocara la anulación del artículo 2º (donde se designa liquidador) y dijo que si se reemplazaba la mención que de él se hace por la del artículo 3º (donde, se repite, dispuso que "en razón del incumplimiento por parte del contratista" se notificara la resolución a Seguros Comerciales Bolívar "quien deberá responder por las sumas que resulten a cargo del contratista en la liquidación definitiva"), esta decisión sería ilegal, porque de acuerdo con la fecha de iniciación del plazo contractual el riesgo asegurado sí existía cuando aquella aseguradora expidió la póliza de garantía de cumplimiento. Si esta última argumentación es o no válida, la examina la Sala en el numeral 8º de este capítulo.

7º También deberá reformarse la sentencia recurrida en cuanto a la decisión tomada en relación con el Acta de Liquidación de 21 de abril de 1983 y con las Resoluciones números 003 de 11 de mayo de 1983, que en su artículo 1º aprueba la liquidación del contrato y en su 2º exige a Seguros Comerciales Bolívar el pago de la suma de $ 12.619.964.45 (cantidad que incluye una partida por concepto de perjuicios) y con la número 004 de 4 de julio de 1983, que confirmó la anterior, porque éstas declaran en cabeza de la citada aseguradora una obligación de pagar perjuicios que por no ser de los comprendidos en la cláusula penal pecuniaria, no podía imponer la entidad contratante, unilateralmente, por las razones que pasan a exponerse.

Pero antes, para una mejor comprensión del asunto, recuérdese que el *a quo* decretó la nulidad parcial del acta de liquidación (numeral tercero de la parte resolutiva) del artículo 2º de la Resolución 003 en su totalidad (numeral segundo de la parte resolutiva) y de la 004 en cuanto confirma la anterior en lo relacionado con el acta, porque incluía la partida sobre perjuicios y mencionaba a la aseguradora

como garante de las obligaciones del contratista (numeral cuarto de la parte resolutiva). En esto estuvo acertado el juzgador, a juicio de la Sala).

En el campo contractual administrativo, la administración debe, como atrás dijo, liquidar el contrato, especialmente cuando se trata de uno de tracto sucesivo o de ejecución diferida, caso típico, en especial, del contrato de obra y, en ciertos eventos, del de suministro. Esta liquidación se efectúa en ocasiones, con el concurso del contratista, porque las partes se ponen de acuerdo y finalmente aceptan los resultados del proceso liquidatorio, pero en otras la hace unilateralmente la administración, bien porque dicho acuerdo no se logre o porque el contratista no concurra a las diligencias administrativas conducentes a ese fin o porque habiendo concurrido no acepta firmar el acta en donde se plasme el resultado de aquélla.

Ahora bien, se pregunta, si en ejercicio de esa facultad liquidatoria ¿puede la administración deducir e incluir dentro de las partidas correspondientes, el monto de los perjuicios que estime le causó el contratista? La Sala considera que la respuesta debe ser negativa, siempre que esos perjuicios se entiendan por fuera de los estimados anticipadamente en la cláusula penal pecuniaria. Así como la administración no tiene facultad para cobrar al contratista sumas distintas de las relacionadas con multas y cláusula penal pecuniaria, cuando unilateralmente declara el incumplimiento, después de terminado el contrato, tampoco puede cobrar perjuicios al contratista al efectuar la liquidación unilateral del contrato y menos a la compañía aseguradora del riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contratista.

Y por qué no puede hacerlo?

Los poderes exorbitantes de la entidad administrativa contratante o los privilegios de decisión unilateral, como los llaman algunos tratadistas (v. gr. Miguel Angel Bercaitz, Teoría General de los Contratos Administrativos, Ed. Depalma, Buenos Aires 1980) miran a la correcta ejecución del contrato y se encuentran limitados por ese fin. Para ello puede dar órdenes, imponer multas para presionar o impulsar esa ejecución, interpretar cláusulas en cuyo entendimiento existan discrepancias, y si estas medidas coercitivas no logran el fin buscado podrá sustituir el contrato, ejecutándolo directamente o haciéndolo ejecutar por otro y hasta terminarlo, cuando el incumplimiento sea de tal envergadura que haga imposible su ejecución o cause perjuicios a la entidad pública (arts. 19, sobre terminación unilateral, 20, sobre modificación unilateral, 24, sobre interpretación unilateral, 62, sobre caducidad; 71, sobre multas; y 72, sobre cláusula penal pecuniaria, todos ellos del Decreto 222 de 1983).

Dentro de este marco conceptual, la actividad de la administración en la liquidación del contrato no constituiría siquiera un poder exorbitante pues no tiene la finalidad indicada, pero suele también dársele

esa calificación sólo por el carácter de unilateral que puede tener cuando aquélla procede a adelantarla cuando el contratista no colabora para llevarla a cabo o habiéndolo hecho no aprueba las conclusiones a las que se llega. Pero ese poder no puede llegar hasta señalar la responsabilidad y las consecuencias indemnizatorias que de ella se deriven, pues esta misión le corresponde es a los jueces.

Dicho lo anterior, resulta claro que la entidad contratante no podía por sí y ante sí resolver sobre los perjuicios que resultaron del incumplimiento del contratista en el caso *sub judice* y por ello fue acertada la decisión tomada por el fallador de instancia; por lo cual merecerá la confirmación de la Sala.

Y por lo mismo se mantendrá la determinación del *a quo* cuando decretó la nulidad de la Resolución número 003 de 11 de mayo de 1983, que en su artículo 1º aprueba la liquidación del contrato y en su 2º exige a Seguros Comerciales Bolívar el pago de la suma de $ 12.619.964.45 (que incluye una partida por concepto de perjuicios) y la nulidad, también, de la Resolución número 004 de 4 de julio de 1983 que confirmó la anterior, porque éstas imponen una obligación a la citada aseguradora, distinta al pago de la cláusula penal pecuniaria y al pago de las sumas que debiera la aseguradora por saldos que resultaran a cargo del contratista en la liquidación (v. gr., se repite, por saldos no amortizados del anticipo o por obra pagada y no ejecutada), únicos montos que podía ordenar cobrar la entidad administrativa (si hubiera hecho uso adecuado de su facultad de declarar incumplido el contrato).

8º El señor apoderado de la entidad demandada (apelante), tanto en el escrito sustentatorio del recurso, como en el libelo por el cual descorrió el traslado de rigor, hizo grandes esfuerzos argumentando que debía reformarse el fallo en cuanto para que se considere que la mención hecha en el numeral 1º, de su parte resolutiva, se refería al artículo 3º de la Resolución 002 de 1983 y no al artículo 2º allí mencionado, para enseguida objetar que se declare la nulidad de éste, porque en su concepto la sociedad Seguros Comerciales Bolívar es quien garantizó el cumplimiento del contrato celebrado entre la parte actora y la parte demandada y sobre el cual versa dicha resolución y para ello hace largas consideraciones tendientes a demostrar que de acuerdo con la póliza número 53662 expedida por dicha aseguradora (con fecha de vigencia del riesgo desde el 3 de agosto de 1982), el siniestro (incumplimiento) quedó cubierto, para lo cual discurre *in extenso* sobre el plazo contractual de 120 días y afirma que éste se inició o comenzó a correr el 19 de abril de 1982.

La determinación de la fecha a partir de la cual comenzó a correr el lapso para la ejecución del contrato lo consideró fundamental la citada apelante (como también la coadyuvante) porque en el proceso se acreditó (—fls. 243 a 250, cuaderno 2—) que el contratista obtuvo

la expedición por parte de dos compañías aseguradoras de sendas pólizas para garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo y de la correcta inversión del anticipo, así:

a) Por la Compañía de Seguros Generales de Antioquia S. A. (Pólizas de cumplimiento CU número 3397 y CU número 3398) con fechas de vigencia desde el 5 de marzo de 1982 hasta el 3 de julio de 1982, la primera y desde el 5 de marzo de 1982 hasta el 3 de agosto de 1982, la segunda;

b) Por Seguros Comerciales Bolívar (Pólizas de cumplimiento de contratos números 53662 y 52973), con fechas de vigencia desde el 3 de agosto de 1982 hasta el 3 de noviembre de 1982 la primera (la de cumplimiento de las obligaciones) y desde el 3 de julio de 1982 hasta el 1º de septiembre de 1982, la segunda (la correcta inversión del anticipo).

Entonces, si se toma como fecha de iniciación del plazo convenido en el contrato para la ejecución de la obra el 22 de marzo de 1982 el plazo terminaría el 22 de julio del mismo año y sí, en cambio, se toma como fecha de partida el 19 de abril, se tendría que el plazo culminó el 19 de agosto de 1982. En el primer caso, el riesgo de incumplimiento estaría cubierto por la póliza de la Compañía de Seguros Generales de Antioquia S. A.; en el segundo, por Seguros Comerciales Bolívar.

La apoderada de la compañía aseguradora, al coadyuvar la demanda (fls. 179 a 220, cuaderno 1) y luego al descorrer el traslado de rigor en la segunda instancia (fls. 659 a 666, cuaderno 1), sostiene que su poderdante no está obligada al pago del seguro de cumplimiento por dos razones: a) Cuando se expidió la póliza que amparaba el riesgo de incumplimiento había vencido el plazo para la ejecución de la obra, por lo cual ya no existía riesgo asegurable "faltando uno de los elementos del contrato de seguro, que a su vez conlleva a que dichas pólizas (se refiere a la de cumplimiento y a la de correcta inversión y amortización del anticipo) sean ineficaces de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, y por consiguiente no producen efecto alguno, al tenor de lo previsto en los artículos 897 y 1045 del Código de Comercio".

b) La sociedad demandante no podía incluir dentro de la liquidación del contrato el monto de perjuicios sufridos con el incumplimiento del mismo "salvo en los casos exclusivamente consagrados en la ley, como es la cláusula penal, arras e intereses".

En cuanto al tema del literal b) ya se vio (considerando número 6) que la entidad demandada no podía incluir en la liquidación del contrato los perjuicios que estimó se le habían causado con el incumplimiento del contrato y por esta razón la Sala confirmará la nulidad del parágrafo del artículo 1º de la Resolución número 002 de 1983 y los artículos 1º y 2º de la Resolución número 003 de 1983, la Resolu-

ción 004 de 1983 confirmatoria de la anterior y la parte del Acta de Liquidación de 21 de abril de 1983, en cuanto incluye perjuicios deducidos unilateralmente por la entidad contratante.

En cuanto al literal a) precedente la realidad procesal indica por las razones que se explicarán más adelante, que el plazo contractual, es decir el convenido para la ejecución de la obra no había vencido cuando se expidieron por Seguros Comerciales Bolívar las pólizas de cumplimiento y correcta inversión del anticipo.

En efecto, de acuerdo con el artículo 6.01 del contrato celebrado entre la sociedad actora y la sociedad demandada, el desarrollo y ejecución de las obras debía ceñirse al programa de trabajo convenido "con un plazo total de ciento veinte (120) días calendario, a partir de la fecha de comunicación al *contratista* de que tiene a su disposición el valor del anticipo..." y el artículo 6.02 siguiente, expresó: "*Plazo. El contratista* se compromete a iniciar las obras cinco (5) días después de la fecha de la carta de que habla el artículo 6.01 y en adelantarlas con la debida intensidad en un todo de acuerdo con el programa de trabajo elaborado en forma racional y factible y entregarlas totalmente terminadas transcurridos ciento veinte (120) días calendario. Dicho programa de trabajo se incorporará en el presente contrato como anexo número 06 y se considera como parte integrante del mismo".

Como la entidad contratante (demandada) el 16 de marzo de 1982 dirigió a la contratista (demandante) el oficio número 079 (fls. 239 a 241, cuaderno 2), comunicándole que "a su disposición y a sus órdenes se encuentra el anticipo por valor de $ 8.408.490.83...", habría que entender que el plazo comenzó a contarse el 22 del mismo mes y año y terminó el 22 de julio de 1983; es decir, que cuando se expidió la póliza de cumplimiento número 53662 el 3 de agosto de 1982, con vigencia entre el 3 de agosto de 1982 y el 3 de noviembre del mismo año, por la compañía aseguradora arriba citada (fls. 243 a 244, cuaderno 2), efectivamente ya estaba vencido el mencionado término contractual.

La entidad demandada, en su alegato de segunda instancia (fls. 648 a 651, cuaderno 1) pretende rebatir lo concerniente a la fecha de iniciación del contrato porque: a) En la comunicación de 16 de marzo de 1986 el gerente de la Terminal de Transportes de Girardot S. A., comunicó a la entidad contratista que ponía a su disposición el valor del anticipo "y que se lo entregaría una vez que se recibieran las garantías..." y más adelante afirma que "es perfectamente absurdo e ilegal tomar como fecha de iniciación del contrato el 22 de marzo de 1982 puesto que para esta fecha no se habían aprobado las garantías y aún más ni siquiera se habían entregado por el contratista...".

b) Existe una carta del Gerente de la Terminal (la demandada) al contratista (el demandante) de fecha 19 de abril de 1982, en la

cual le deja "claramente establecido que los 120 días calendario vencen el 19 de agosto de 1982" (fl. 522, cuaderno 1). En esta comunicación se indica como fecha real de iniciación de los trabajos el día lunes 19 de abril de 1982 "día en el cual según anotación hecha por el interventor residente en la bitácora de la obra, se dio comienzo a los trabajos".

c) El tribunal *a quo*, cuando deduce que el plazo de ejecución venció el 22 de julio de 1982, desconoció los artículos 39 y 202 del Decreto 150 de 1976, pues el primero establece que "los contratos que celebre la Nación se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas que se constituyan conforme al presente estatuto..." y el segundo, que "sólo podrá iniciarse la ejecución de los contratos que estuvieren debidamente perfeccionados. En consecuencia, con cargo a los convenios a que se refiere el presente decreto no podrá pagarse suma alguna de dinero ni el contratista iniciar labores, mientras no se haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades que en este estatuto se establecen".

En el fallo recurrido se aceptaron los argumentos de la compañía aseguradora y se consideró que con la carta del Gerente de la entidad demandada (la de 19 de abril de 1982) se estaba tratando "de fijar nuevo plazo por motivo distinto al aducido en el contrato pues allí trata de las garantías y aquí se está refiriendo a la iniciación de las obras eventos totalmente diferentes. Puede ocurrir que la fecha de iniciación de las obras coincida con la señalada en el contrato, pero puede no serlo". Añadió el *a quo* que de acuerdo con las pruebas aportadas las garantías estaban constituidas desde comienzos del mes de marzo (se refiere a las pólizas expedidas por la Compañía de Seguros Generales Antioquia S. A., expedidas el 11 de marzo de 1982 y con vigencia desde el 5 del mismo mes y año y hasta el 3 de julio de 1982 y con vigencia desde el 5 del mismo mes y año y hasta el 3 de julio de 1982 fls. 362 y 363), que pudieron llegar oportunamente a manos de la entidad contratante, por lo cual si bien ellas no estaban en poder de la Gerencia de la entidad demandada cuando expidió la carta de fecha 16 de marzo de 1982, el plazo para la ejecución de la obra sí comenzó el 22 de marzo y venció el 22 de julio de 1982 y lo que sucedió fue que vencido dicho término "los contratistas siguieron desarrollando el contrato de mutuo acuerdo hasta el momento en que por medio de la Resolución 002 de octubre 28 de 1982, que luego fue revocada, la administración declaró la caducidad del contrato.

En relación con este problema, para la Sala la realidad procesal muestra:

a) Que siendo cierto (porque así se pactó en el art. 6.02 del contrato) que el contratista se comprometió a iniciar las obras cinco (5)

días después de la fecha de la carta en que la entidad contratante le comunicara que tenía a su disposición el valor del anticipo y que ésta tiene fecha de 16 de marzo de 1982, en la práctica las obras no se iniciaron sino el 19 de abril de 1982.

Que lo anterior sucedió así lo demuestra no sólo la citada comunicación de 19 de abril de 1982, sino el Acta número 01 en la cual se lee: "El día veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), en las instalaciones de la Terminal de Transportes de Girardot se reunieron las siguientes personas ... Con el fin del contratista entregar y la interventoría recibir las obras ejecutadas en el Patio número 1 (principal o nor-occidental) durante el período *de diecinueve (19) de abril al diecinueve (19) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982)* en desarrollo del contrato en referencia (que es el de que trata el proceso anota la Sala) y que a continuación se detallan..." (fls. 368 a 370, cuaderno 1) (las subrayas fuera de texto).

Confirma lo mismo la comunicación dirigida por el director de la obra a la interventoría, con fecha 23 de abril de 1982 (que se encuentra a los fls. 52 y 53 del cuaderno 1) en donde la contratista expresa que de acuerdo con los pliegos de cargos las operaciones de descapote (del terreno) debían ser hechas directamente por la Terminal y "hasta la presente no han sido entregadas las zonas para continuar con la obra en referencia y nos hemos visto afectados en la iniciación de la obra, según el programa presentado a ustedes" y luego, dentro de la misma carta le manifiesta al destinatario que con fecha 6 del mismo mes "informamos a ustedes la disponibilidad de la maquinaria, lo cual hoy Colindo Ltda. (el contratista) ratifica. No resta (sic) agregar que la maquinaria *empezará* a trabajar en términos normales, cuando la entidad contratante suministre lo ofrecido en el pliego de cargos".

Finalmente, a folios 56 a 59 del mismo cuaderno 1, aparece la fotocopia de una carta, fechada el 5 de noviembre de 1982, dirigida por el representante legal de la sociedad actora (la contratista) a la entidad demandada requiriéndola para la constitución de un tribunal de arbitramento, en la cual menciona como hecho que justifica su solicitud la "entrega tardía de zonas de trabajo".

Pero si lo anterior no fuera suficiente, hay que tener en cuenta que la misma demandante (la sociedad contratista) en el párrafo final del hecho primero de la demanda, dijo: "Por reunir todos los requisitos (se refiere al contrato) la sociedad que represento, inició los trabajos contratados en el mes de abril de 1982 (19), previa entrega de los terrenos correspondientes por parte del *contratante*, en forma por demás extemporánea".

Por lo demás, aun cuando fuera cierto que el plazo contractual hubiera terminado el 22 de julio de 1982, también lo es que las obras

aún se estaban ejecutando después de dicha fecha, debido a demoras por entrega tardía de zonas de trabajo, u otras causas.

Entonces, no es de recibo el argumento de la aseguradora coadyuvante, cuando afirma que al expedir la póliza número 53662, el 3 de agosto de 1982, para garantizar el cumplimiento del contratista a sus obligaciones, ya no existía el riesgo de incumplimiento; aparte de que para la Sala, el recto entendimiento del último inciso del artículo 1058 del Código de Comercio consiste en que el asegurador no puede alegar reticencia del asegurado cuando el primero conoció o debió conocer el estado del riesgo cuyo cubrimiento le solicitaba el tomador.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 3º de la Resolución número 002 de 1983 que dispuso que dicho acto administrativo se notificara a la sociedad Seguros Comerciales Bolívar "quien deberá responder por las sumas que resulten a cargo del contratista en la liquidación definitiva" debe permanecer incólume, con el entendimiento de que, por confirmarse la declaratoria de nulidad del parágrafo del artículo 1º, dentro de tales sumas no deberán entenderse incluidas partidas que representen perjuicios deducidos unilateralmente por la entidad contratante.

9º La parte demandada apeló también del fallo en cuanto a lo dispuesto en los numerales 2º y 4º.

En los numerales 2º y 4º el *a quo*, recuérdese, decreto la nulidad de la Resolución número 003 de 11 de mayo de 1983 en su artículo 1º en cuanto aprueba el Acta de Liquidación en el numeral V y VII, ordinal 7º y el artículo 2º en su totalidad, artículo que dispuso: "Exigir al contratista y a Seguros Comerciales Bolívar S. A. el pago de la suma de $ 12.619.964.45".

En la parte motiva del fallo, en relación con el Acta de Liquidación, se dijo que en cuanto al numeral V, literales A), B), C), D) y E) se aceptarían como ciertos pues el demandado no logró desvirtuar lo allí afirmado (fl. 633, cuaderno 1) y que en cuanto "a la afirmación señalada en el literal E) referente a los servicios públicos pendientes de pago, se tendrán por ciertas ya que las declaraciones que obran en el expediente así lo aceptan...".

Aquí se advierte un error, pues la última referencia al literal E) debió ser al F), que es el que se refiere a servicios públicos en el acta, pero además, de esto resulta que se está aceptando por el tribunal que el punto o numeral V del acta no fue desvirtuado por el demandante y sin embargo, en la parte resolutiva decreta la nulidad del artículo 1º de la Resolución número 003 de 1983 en cuanto aprueba dicho numeral, lo cual es evidentemente contradictorio.

Si como es cierto, las resoluciones acusadas y el acta de liquidación gozan de la presunción general de validez de todo acto administrativo en firme, al actor correspondía desvirtuarla y como no lo

logró, en cuanto al numeral en cuestión (el V), éste debe mantenerse incólume y por ello se corregirá el error cometido.

Pero la mención que se hace del numeral V, se reemplazará por el VI, puesto que a éste en realidad fue al que debió referirse el sentenciador en la parte resolutiva, dado que en la parte motiva expresó: "En cuanto al punto VI, literal A, se dice que existe una póliza de seguros Bolívar (sic) para el fiel cumplimiento de todas las obligaciones del contrato, vigente desde el día 1º de agosto al 3 de noviembre de 1982, esto no se acepta por cuanto no se pueden cobrar perjuicios por razón del incumplimiento como dice la Resolución número 002 en su artículo correspondiente decretado cuando había vencido el plazo contractual".

Tan clara es la equivocación cometida por el *a quo*, que el apelante no recurrió contra lo dispuesto en el numeral tercero de la parte resolutiva del fallo, numeral que precisamente decreta la nulidad del numeral VI del ordinal 7º del numeral VII del Acta de Liquidación.

Con la corrección anotada es claro que no se está haciendo más gravosa la situación del apelante, quien, inclusive, en la sustentación del recurso no hizo referencia alguna a la nulidad decretada en el ordinal 3º de la parte resolutiva del fallo.

En cuanto a la mención del numeral VII no hay duda sobre la nulidad de su ordinal 7º desde el momento que éste se refiere a la inclusión dentro de las sumas a cargo del contratista al liquidar el contrato, de la cantidad de $ 4.236.870.41, por concepto de perjuicios ocasionados por el contratista pues ya se vio atrás que en los poderes de que goza la administración al efectuar la liquidación unilateral del contrato no está el de determinar perjuicios a su favor, distintos de los comprendidos en la cláusula penal pecuniaria. Por la misma razón debe permanecer incólume la nulidad decretada por el sentenciador de primer grado, al artículo segundo de la Resolución número 003 de 1983.

Dicho artículo 2º es nulo porque exige al contratista y a Seguros Comerciales Bolívar S. A., el pago de la suma de $ 12.619.964.45, que es el total deducido en el Acta de Liquidación como a cargo del contratista y por consiguiente incluye la citada cantidad de $ 4.236.870.41, que no puede contabilizarse a cargo de aquél, por lo expuesto en el Considerando 6º de esta providencia.

10. Se relató atrás que la sociedad Seguros Comerciales Bolívar S. A. (en escrito que obra a fls. 179 a 220, cuaderno 2) dijo coadyuvar la demanda de la sociedad actora y que en el mismo escrito, como petición subsidiaria, expresó que "si por algún motivo no fuere aceptada la demanda que coadyuva o la coadyuvancia misma", se admitiera dicho libelo como demanda principal e independiente.

El tribunal en el mismo auto admisorio (fl. 272, cuaderno 2) de la demanda reconoció "a la sociedad Seguros Comerciales Bolívar

S. A. como parte coadyuvante en este proceso en los términos del artículo 89 del Código Contencioso Administrativo..." (refiriéndose a la Ley 167 de 1941).

Desde la vigencia del Código Judicial (Ley 105 de 1931) se entendió que una coadyuvancia no podía ser admitida antes de haberse integrado el contradictorio; el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) estableció en forma expresa que la coadyuvancia incoada antes de la notificación de la demanda al demandado se debe aceptar o negar luego de efectuada ésta (art. 52, inciso final, C. de P. C.). Esto tiene razón de ser para darle al coadyuvado oportunidad para recurrir del auto que decida sobre la petición de intervención.

Pero la circunstancia de haberse admitido la coadyuvancia antes de la notificación de la admisión de la demanda no implica nulidad porque las partes y el coadyuvante no reclamaron oportunamente contra ello y continuaron actuando en el proceso, sin que se les hubiera desconocido su derecho de defensa.

Es evidente que Seguros Comerciales Bolívar S. A., tenía interés en las resultas del proceso instaurado contra la sociedad demandada pues como presunto asegurador del cumplimiento del contrato podría verse obligado a pagar el siniestro, *por lo que es litisconsorte necesario* ya que tendrá interés en el resultado del proceso toda vez que la resolución que ordenó la liquidación dispuso que se notificara al asegurador quien deberá responder por las sumas que resultaren a cargo del contratista.

La intervención de un tercero en un proceso puede explicarse bien porque se haga parte en él como litisconsorte voluntario o como coadyuvante (art. 146, C. C. A.) y el interviniente que llene los requisitos de ley puede escoger una cualquiera de estas formas o ninguna, sin que por hacerlo o no hacerlo se afecte la validez del proceso, pero si es litisconsorte necesario, éste tiene que ser citado o emplazado en legal forma, para que se integre al proceso; de lo contrario se presentará la causal de nulidad de que trata el artículo 152-9 del C. de P. C.

La nulidad anotada es saneable y se entiende saneada cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente (art. 156-1 *ibídem*), ni tampoco cuando no lo hizo quien haya actuado en el proceso sin proponerla, en el caso del numeral 9 del artículo 152 (art. 155, inciso 5, *ibídem*).

Lo anterior fue lo sucedido en relación con Seguros Comerciales Bolívar S. A., quien, debiendo haber sido citada al proceso como litisconsorte necesario activo, sin embargo, por error del juzgador, inducido al menos en parte por la petición de coadyuvancia de aquélla, fue reconocida como coadyuvante, a pesar de que por la naturaleza de los hechos ha debido ser parte principal demandante. Sin embargo, como se relató, no reclamó contra dicha providencia y continuó ac-

tuando hasta el momento de proferirse este fallo, por lo cual la Sala considera que la nulidad anotada quedó saneada.

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: Revócanse los numerales primero, segundo y cuarto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de octubre de 1987 dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, los cuales quedarán así:

A) Decrétase la nulidad del parágrafo del artículo primero (1º) y la nulidad del artículo tercero (3º) de la Resolución número 002 de 10 de febrero de 1983, proferida por la Terminal de Transportes de Girardot S. A., únicamente en cuanto incluya la suma de cuatro millones doscientos treinta y seis mil ochocientos setenta pesos con 41 centavos ($ 4.236.870.41), a cargo de la entidad aseguradora, Seguros Comerciales Bolívar;

B) Decrétase la nulidad de la Resolución número 003 de fecha 11 de mayo de 1983, proferida por la Terminal de Transportes de Girardot S. A. en su artículo 1º, en cuanto aprueba la liquidación del contrato administrativo celebrado entre la Terminal de Transportes de Girardot S. A. y la Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda. "COLINCO", que consta en Acta de Liquidación de fecha 21 de abril de 1983, únicamente en cuanto dicha aprobación incluye los numerales VI y VII ordinal 7º, por incluir perjuicios deducidos unilateralmente por la entidad contratante, a cargo de la entidad contratista. Igualmente se declara la nulidad total del artículo 2º de la citada Resolución número 003;

C) Decrétase la nulidad parcial de la Resolución número 004 de 4 de julio de 1983, proferida por la Terminal de Transportes de Girardot S. A. en cuanto confirma el acta de liquidación de fecha 21 de abril de 1983 únicamente en cuanto dicha aprobación incluye los numerales VI y VII ordinal 7º de la mencionada acta.

Segundo: Confírmase los numerales tercero, quinto y sexto de la sentencia apelada.

Tercero: Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 7 de diciembre de 1989.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO DE COMPRAVENTA / PROMESA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA / ARRAS

El pacto de arras, es accesorio al contrato de compraventa y al de promesa y su ausencia no afecta a ninguno de ellos.

CONTRATO DE COMPRAVENTA - Cumplimiento / CONTRATO DE COMPRAVENTA - Resolución / CONDICION RESOLUTORIA

Como del artículo 1546 del C. C. surge una acción alternativa: La de cumplimiento o la de resolución del contrato, quien pretenda fundar su accionar en dicha disposición, debe optar por alguna de las dos vías, sin que sea suficiente pedir la declaratoria de incumplimiento del contrato, pues dicho incumplimiento es apenas el presupuesto para que se declare la resolución o se opte porque se obligue al cumplimiento. En el campo de los contratos administrativos, doctrina y jurisprudencia sostienen que el contratista no puede exigir a la administración el cumplimiento del contrato sino, en el evento de incumplimiento, su resolución y si fuere el caso, obviamente, el pago de los perjuicios que se le hubieren causado. La indemnización supone la existencia de un perjuicio que determinará, según las circunstancias, el monto de la reparación a que se tiene derecho.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS / PRUEBA

Cuando se trata de pedir, como en este caso, indemnización de perjuicios, al actor le corresponde demostrar no sólo el incumplimiento de la obligación contractual sino que dicho incumplimiento le ocasionó un daño. El deudor a su vez podrá demostrar que el incumplimiento no le es imputable, probando diligencia en las obligaciones de medio o caso fortuito o fuerza mayor impeditiva, en las obligaciones de resultado (art. 1604, C. C.).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5685. Actor: Ciro Angarita Barón.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte actora, el señor "Ciro Angarita Barón" contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de octubre de 1988, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda en el proceso iniciado contra el Instituto de Seguros Sociales.

I. Antecedentes:

1. El señor Ciro Angarita Barón, por conducto de apoderado judicial, demandó el 21 de enero de 1985 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que se declarara que el Instituto de Seguros Sociales, incumplió el contrato de promesa de compraventa número 445 que suscribieron el 20 de enero de 1982; que como consecuencia se condenara al mismo Instituto a pagar a su favor el daño emergente y el lucro cesante en los términos que describe en el *petitum* de la demanda, y además, solicita la condena en costas a cargos del demandado.

2. Los hechos de la demanda, los describe el demandante así:

"1. Durante el primer semestre de 1981, especialmente en el mes de marzo, una entidad, que luego se supo era el Instituto de Seguros Sociales, publicó diversos avisos en los diarios de la capital de la República, en los cuales manifestaba el interés de adquirir lotes de terreno para construcción con ciertas especificaciones, ubicados en diferentes lugares del Distrito Especial de Bogotá, y entre ellos en la localidad de Suba 'entre calles 144 y calle 131A y entre carrera 100 y carrera 91'.

"2. En su condición de propietario de un predio que reunía todos los requisitos indicados, mi poderdante envió una oferta escrita antes de 23 de marzo de 1981 a las 5 p.m., al apartado aéreo número 047203114 de Bogotá, señalado en los avisos publicados. Dicha oferta se refería al predio de propiedad de mi poderdante ubicado en la carrera 98 número 137-71, es decir, exactamente dentro de los parámetros de nomenclatura exigidos por la institución que solicitaba las ofertas.

"3. Al recibir las distintas ofertas y en especial la presentada por mi poderdante, el Instituto de Seguros Sociales procedió a solicitar al Departamento Administrativo de Planeación Distrital un concepto sobre las posibilidades urbanísticas de construcción en los distintos lotes ofrecidos en venta, mediante oficio 1493 de 11 de junio de 1981 suscrito por el Subgerente de Recursos Físicos del I.S.S., Seccional de Cundinamarca y Distrito Especial. En respuesta a esa solicitud, el

Departamento Administrativo de Planeación Distrital, mediante comunicación de 2 de julio de 1981, emitió un concepto general sobre cada uno de los predios y expresamente informó al I.S.S., que era necesario, que posteriormente el I.S.S., debía 'presentar al Departamento un plano de localización, para establacer las afectaciones viales y determinar el tamaño de los predios'. Específicamente sobre el predio de mi poderdante, la comunicación del Departamento Administrativo de Planeación Distrital expreso: 'Carrera 98 número 137-71 Suba; el predio se encuentra en área de actividad residencial con tratamiento de Desarrollo Progresivo (RDPB). Este Departamento encuentra aceptable el uso de Centro de Atención Básica para el predio en cuestión. Las normas las fijará posteriormente la Unidad de Mejoramiento y Coordinación de Barrios'.

"4. Con base en ese concepto oficial del Departamento Administrativo de Planeación Distrital que establecía las posibilidades urbanísticas para la construcción del Centro de Atención Básica en el lote de propiedad de mi poderdante y a sabiendas de que las afectaciones viales y la determinación del tamaño mismo del predio sólo podría establecerse posteriormente, se inició un dilatado proceso de negociación para la adquisición del inmueble, a lo largo del cual se discutieron las condiciones de pago, el precio, se hicieron avalúos y reavalúos por parte del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, se precisaron las condiciones de la promesa de compraventa, etc. Finalmente, se suscribió el 20 de enero de 1982 el contrato de promesa de compraventa distinguido con el número 445, en virtud del cual surgieron las obligaciones recíprocas de comprar y vender el lote de la carrera 98 número 137-71 de Suba, en el Distrito Especial de Bogotá.

"5. Sin superar el límite del avalúo practicado al efecto por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, conforme a lo ordenado por el artículo 120 del Decreto extraordinario número 150 de 1976, se estableció en el contrato de promesa de compraventa (cláusula tercera), como precio la cantidad de cinco millones ochenta y dos mil pesos ($ 5.082.000.00), que el I.S.S., como promitente comprador se obligó a pagar en la siguiente forma:

"a) El ochenta por ciento (80%) del valor, o sea la suma de cuatro millones sesenta y cinco mil seiscientos pesos ($ 4.065.000.00) (sic) *a la firma y registro del documento contentivo de la promesa de compraventa, previa presentación de la respectiva cuenta de cobro. Este valor se pactó como arras y parte del precio* (subrayo);

"b) El veinte por ciento (20%) restante, o sea la cantidad de un millón dieciséis mil cuatrocientos pesos, mediante carta de crédito que el promitente comprador debería entregar al promitente vendedor en el momento en que se firmara el acta de entrega material y real del inmueble, y que sería pagada una vez presentada la copia de la escritura de compraventa debidamente registrada y la matrícula inmobiliaria en donde constare la propiedad a favor del I.S.S.

"6. Luego de suscrito el contrato, mi poderdante devolvió al I.S.S., el 22 de enero de 1982 el original del contrato número 445 de 20 de enero de 1982 debidamente registrado mediante el pago del impuesto de timbre nacional correspondiente y con las firmas debidamente autenticadas. Adjuntó también los siguientes documentos: Original y copia del recibo de publicación del contrato en el Diario Oficial; original y copia de las pólizas de garantía expedidos por la Compañía Skandia a favor del I.S.S. (pólizas de anticipo y cumplimiento); seis fotocopias del contrato, una de las cuales autenticada; copia auténtica de paz y salvo de renta del promitente vendedor vigente a la fecha de firma del contrato y cuenta de cobro por el valor del anticipo, es decir, por $ 4.065.600.00, según lo pactado en la cláusula tercera del contrato de promesa de compraventa.

"7. Transcurridos varios días sin que el I.S.S., hubiera satisfecho la obligación de pagar el anticipo, circunstancia que también impidió que se procediera a otorgar la escritura pública de compraventa el 1º de febrero de 1982 conforme a la cláusula octava de la promesa, mi poderdante recordó al I.S.S., la mora en que se encontraba mediante comunicación de 3 de febrero de 1982, en la cual se insistía en la solicitud de pago del anticipo pactado, comunicación a la cual no respondió el I.S.S., en forma alguna.

"8. El 19 de febrero de 1982 mi poderdante recibió la comunicación SGRF-SC y DE número 332 del Subgerente de Recursos Físicos del I.S.S., Seccional Cundinamarca y D. E., mediante la cual se le remitía fotocopia de la carta número 001092 de 15 de febrero de 1982 suscrita por el Jefe de la Unidad de Desarrollo Urbanístico del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, en la cual se informa que el predio objeto de la promesa se encuentra afectado por el trazado de la avenida Ciudad de Cali, vía V-1 del Plan Vial con 60 metros de ancho y 10 metros de control ambiental a cada lado, y se advierte que para definir la magnitud de la afectación del predio se requería la presentación del plano topográfico. Esta información del Departamento Administrativo de Planeación Distrital era sustancialmente idéntica a la obtenida por el I.S.S., con anterioridad a la celebración del contrato de promesa de compraventa, conforme a la cual las afectaciones viales y la magnitud del predio sólo podrían establecerse posteriormente (ver punto 3 de esta demanda), pues se advierte que hay una afectación y que para establecer el grado de ella se requiere el plano topográfico. Nada dice la carta de 19 de febrero de 1982 sobre el pago del anticipo, ni sobre la solicitud en tal sentido hecha por mi poderdante el 3 de febrero de 1982, ni mucho menos sobre el flagrante incumplimiento del contrato de promesa de compraventa.

"9. Ante la continuidad de la mora en el cumplimiento de la obligación de pagar el anticipo, mi poderdante dirige al I.S.S., nueva comunicación el 22 de marzo de 1982, en la cual pone de presente la gravedad de las consecuencias jurídicas del incumplimiento y recaba

una vez más el pago de la suma adeudada. Aprovecha también, en relación con el envío del oficio del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, para advertir que el proceso de negociación se efectuó previas las indagaciones hechas por el I.S.S., que condujeron a considerar el predio como idóneo para los efectos requeridos, en clara referencia a la información dada por el mismo Departamento Administrativo de Planeación Distrital el 2 de julio de 1981 (Punto 3 de los hechos).

"10. Finalmente, luego de casi tres meses de mora en el cumplimiento de la obligación de pagar el anticipo pactado como arras y como parte del precio, el subgerente de Recursos Físicos del I.S.S., Seccional Cundinamarca y Distrito Especial, obrando en obedecimiento a las instrucciones de la Gerencia General del I.S.S., dirige a mi poderdante la comunicación número 0692 de 12 de abril de 1982 en la cual reconoce la existencia, validez y obligatoriedad del contrato de promesa de compraventa número 445 de 20 de enero de 1982, pero, en contra del contenido claro y expreso de sus cláusulas, manifiesta que no puede darle cumplimiento por estar condicionada a la presentación por parte del promitente vendedor de la certificación del Departamento Administrativo de Planeación Distrital en la cual conste la afectación del predio por el plan vial y agrega que ese es un requisito administrativo y fiscal y que además, el promitente vendedor está obligado a entregar el inmueble libre de desmembraciones o limitaciones de dominio. A pesar de la impropiedad de las expresiones de la comunicación, todo parece indicar que el I.S.S., se niega a cumplir la promesa de compraventa por la afectación del predio de que trata el oficio de 15 de febrero de 1982 del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, circunstancia absolutamente ajena a los términos del contrato como se explicará ampliamente más adelante.

"11. En abierta contradicción con su decisión de abstenerse de cumplir el contrato de promesa de compraventa suscrito con mi poderdante, con base en una afectación no sólo conocida previamente del I.S.S., sino que como condición es extraña al contenido del contrato, el I.S.S., continúa solicitando mediante avisos en la prensa la oferta en venta de predios en la misma zona donde está ubicada el predio objeto de la relación contractual. En efecto, en las ediciones números 24651, 24652 y 24655 del Diario El Tiempo de los días 10, 13 y 14 de febrero de 1982 el I.S.S., hizo conocer su interés en tales adquisiciones en Suba 'entre calle 144 y calle 131A y entre carrera 100 y carrera 91'.

"12. Hasta la fecha de presentación de esta demanda el I.S.S., no ha hecho ninguna otra manifestación sobre su incumplimiento del contrato de promesa de compraventa persistiendo así abiertamente en su mora consciente en detrimento de los intereses patrimoniales de mi poderdante" (fls. 4 a 10, cuaderno 1).

3. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda por providencia de 11 de marzo de 1985; y el Instituto deman-

dado también mediante apoderado, dio contestación a la demanda, en cuyo escrito, propuso las siguientes *excepciones:*

"Nulidad del contrato de promesa de compraventa, base de la presente acción.

"El día 20 de enero de 1982, el Instituto de los Seguros Sociales y Ciro Angarita Barón, suscribieron promesa de compraventa, distinguida con el número 445 D. C. en virtud del cual el Instituto de los Seguros Sociales prometió adquirir a Ciro Angarita Barón, un globo de terreno con una cabida aproximada de 5.000 varas cuadradas junto con las dos construcciones en él levantadas, cuya cédula catastral, linderos y ubicación aparecen especificados en la cláusula primera del contrato en mención.

"No obstante que el inmueble objeto del contrato se encuentra distinguido, en la actual nomenclatura urbana, con el número 137-71 de la carrera 98 de la ciudad de Bogotá, se omitió tal especificación en el documento contentivo del contrato de promesa de compraventa, desconociendo lo ordenado en el artículo 31 del Decreto 960 de 1970 que reza así: 'Los inmuebles que sean objeto de enajenación, gravamen o limitación, se identificarán por su cédula o registro catastral si lo tuvieren; por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados y por sus linderos. Siempre que se exprese la cabida se empleará el sistema métrico decimal'. Artículo este concordante con el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que dispone: 'La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

" '4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales'.

"Con base a lo anterior se observa que el inmueble objeto de la promesa no se encuentra debidamente individualizado en dicho contrato, dando lugar a un vicio que conlleva a la nulidad absoluta del mismo, por desconocimiento de uno de los requisitos exigidos en el artículo 31 del Decreto 960 de 1970, cual es la individualización del inmueble por su nomenclatura.

"Respecto de este punto ha dicho la Corte Suprema de Justicia: 'Enfrente a lo preceptuado por la regla cuarta del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, citada, la doctrina y la jurisprudencia, han interpretado siempre esa disposición legal en el sentido de que, cuando la promesa verse sobre un contrato de enajenación de un inmueble como cuerpo cierto, éste se debe determinar o especificar con ella, por los linderos.

" 'La razón de esta doctrina que otrora se hacía escribir en el contenido del artículo 2594 del Código Civil, se encuentra hoy en las

ordenaciones del Decreto 960 de 1970, según las cuales los inmuebles que sean objeto de enajenación, se identificarán por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados y por sus linderos (art. 31). Y es que tratándose de inmuebles no es admisible otra manera o forma de determinarlos legalmente'.

"Gaceta Judicial. Tomo CLIX. Primera parte. Sala Civil y Laboral. Número 2400. Bogotá, Colombia. Enero a diciembre de 1979. Páginas 274 a 289.

"Como quiera que, en el documento contentivo del contrato, se omitió el requisito *nomenclatura* y consiguientemente se burló lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 960 de 1970, solicito al honorable Magistrado, se sirva, declarar la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa número 445 de fecha 20 de enero de 1982, celebrado entre el Instituto de los Seguros Sociales y Ciro Angarita Barón" (fls. 42 y 43, cuaderno 1).

Como excepciones subsidiarias propuso, en síntesis:

a) La inexistencia del Pacto de Arras Confirmatorias Penales, porque afirma que para que pueda predicarse su existencia se requiere, en primer lugar que se hayan pactado expresamente en el contrato con el objetivo, finalidad y deminación de ser "Arras Confirmatorias Penales", y segundo, que exista la entrega real del bien prometido en arras. Así, que como en el presente caso dichos requisitos no se cumplen hay inexistencia de las arras mencionadas;

b) El cobro de lo no debido, puesto que al no existir el pacto de arras, no puede exigirse judicialmente el pago de ellas.

Consideraciones de la Sala:

En primer lugar, procede la Sala al análisis de las excepciones propuestas por el apoderado del Instituto de Seguros Sociales entidad demandada, así:

1º Respecto de la excepción propuesta como principal, esto es la nulidad del contrato de promesa de compraventa, en virtud de que el inmueble, objeto del contrato, no fue identificado en el contrato de conformidad con la nomenclatura urbana, debe tenerse en cuenta que el artículo 31 del Decreto 960 de 1970, no es aplicable en el caso en estudio por cuanto el requerimiento de dicha norma es para efectos de notariado y registro, mas no para la validez del contrato de que se trata; así, la norma que sería de recibo es el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 que expresamente determina: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación, alguna, salvo que ocurran las circunstancias siguientes:

"1º Que la promesa conste por escrito.

"2º Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil.

"3º Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de observarse el contrato.

"4º Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales...".

Si se observa el contrato de compraventa celebrado entre el Instituto de los Seguros Sociales y Ciro Angarita Barón, se tiene que el requisito contenido en el numeral primero, se cumple (fls. 25 a 27); respecto de la segunda regla no es del caso por cuanto el artículo 1511 se refiere al error de hecho como vicio del consentimiento; sobre el numeral tercero, la cláusula octava del contrato de promesa de compraventa fija como plazo para perfeccionar el contrato el 1º de febrero de 1982, y en cuanto tiene que ver con el numeral cuarto, que según el excepcionante constituye la causal de violación, al leer la cláusula primera del contrato se observa que si bien, efectivamente no se describe la nomenclatura, el inmueble sí se determina por los otros elementos expresamente descritos, como son el Registro Catastral y los Linderos, de tal suerte que no se puede aceptar que el contrato esté viciado de nulidad por dicha causal, ya que la omisión de la nomenclatura no impide la identificación del inmueble.

2º Como excepciones subsidiarias, propone el demandado la "inexistencia de arras confirmatorias penales" y "cobro de lo debido"; fundamentándolas en que la promesa no las denominó así, y además, en la falta de entrega real del bien prometido en arras.

Sobre la mal llamada "excepción subsidiaria" de "inexistencia de arras confirmatorias penales", bastaría expresar, para desecharla, que ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, exige para la existencia o para la validez de la promesa de contrato, que deban pactarse arras, ni confirmatorias penales ni simplemente confirmatorias, por lo cual la inexistencia de las primeras o de las segundas, no implicaría que la obligación u obligaciones pactadas a cargo del promitente comprador sean inexistentes o nulas.

El pacto de arras, en otras palabras, es accesorio al contrato de compraventa y al de promesa y su ausencia no afecta a ninguno de ellos.

Pero si lo que quiso decir el Instituto demandado fue que las arras pactadas no se pagaron por él y por ello no es exigible su cancelación, o que no hubo pacto de arras por no haberse pagado éstas, la Sala no considera de recibo una argumentación de este estilo pues llevaría al absurdo de decir: En un contrato de promesa de compraventa, o, lo que es lo mismo, en una promesa de contrato de compraventa, me obligué a pagar una parte del precio al cumplirse ciertas

condiciones (en el caso de autos a la firma y registro del documento contentivo del acuerdo y previa presentación de la cuenta de cobro), pero como no cumplí con mi obligación, ésta es inexistente.

En el *sub judice*, las arras se pactaron como parte del precio, es decir, fueron confirmatorias, pero como se trataba de la promesa de venta de un bien raíz, el contrato prometido (compraventa) no podía reputarse cumplido mientras no se otorgara la respectiva escritura pública.

Ahora bien, como las arras pactadas fueron simplemente confirmatorias, su valor se imputaría al precio, sería parte de éste, no puede pretender el accionante, entonces, que su monto le sea reconocido a título de daño emergente, como lo solicita en el numeral 2 literal a) del *petitum*.

El actor considera que las arras pactadas fueron de la naturaleza de las denominadas "confirmatorias penales, vale decir, como estimación anticipada de perjuicios", pero que ello no fue así se desprende de la simple lectura de la cláusula *tercera* del contrato, que dice: "*Precio*. El precio acordado por las partes para esta compraventa (sic) es la suma de cinco millones ochenta y dos mil pesos ($ 5.082.000.00) moneda corriente, que el *promitente comprador* se obliga a pagar al *promitente vendedor*, en la siguiente forma: a) El ochenta por ciento (80%) del valor total del contrato o sea la suma de cuatro millones sesenta y cinco mil seiscientos pesos ($ 4.065.600.00) moneda corriente pagaderos a la firma y registro de cobro, valor este que se pacta como arras y *parte del precio...*" (subrayo). La parte que se destaca muestra claramente que las arras pactadas se inscriben dentro de las previsiones del artículo 1861 del Código Civil.

En cuanto a la también mal llamada excepción de "cobro de lo no debido", planteada para oponerse a la pretensión de condenar a la entidad demandada al pago de la citada cantidad de $ 4.065.600.00, es claro que no podrá acceder a condenar a dicho pago por cuanto que no tratándose, por lo dicho, de una liquidación anticipada de perjuicios (arras confirmatorias penales), la parte inculpable de la inejecución contractual sólo podía optar o por pedir el cumplimiento o por pedir la resolución con indemnización de perjuicios, en ambos casos.

3º En realidad, el verdadero problema que debe dilucidarse en este asunto, radica en las consecuencias que pueden derivarse de la solicitud del actor para que se declare el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa número 445 suscrito el 20 de enero de 1982 por parte del Instituto de Seguros Sociales, por cuanto éste no canceló el primer contado, o sea el 80% del valor total del contrato en los términos fijados en la cláusula tercera del mismo, esto era "a la firma y registro del presente documento..." (fl. 26).

Para la Sala, no hay dudas de que dicho incumplimiento efectivamente se dio, por cuanto aparece plenamente demostrado en el expediente que los requisitos previos al pago del valor denominado "anticipo", se cumplieron a cabalidad por el promitente vendedor, como se acredita a folio 15 del anexo, con oficio de 22 de enero de 1982 y sin embargo, el I.S.S., no pagó la cuenta de cobro, ya que ni acredita ni alega su pago, sino que por el contrario trata de justificar su incumplimiento en cuanto a dicho pago.

Pero, en cuanto al razonamiento que hace el apoderado del I.S.S., de que el actor debía presentar la calificación del Departamento Administrativo de Planeación Distrital sobre la afectación del predio por plan vial no es admisible como justificación del no pago, puesto que esa condición no se pactó en el contrato de promesa de que aquí se trata, ni se aceptó por el otro contratante en documento separado, y por el contrario, antes de la celebración del contrato, la entidad distrital respectiva había dado su concepto respecto del uso del inmueble y quizá por descuido o por falta de atención, el I.S.S., no reparó en la posible afectación.

4º De otro lado, tanto la sentencia de primera instancia, como el concepto Fiscal de esta Corporación coinciden en la aplicación del principio contenido en el artículo 1609 del Código Civil, en cuanto dispone "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempos debidos", en virtud de que el demandante no se presentó a la Notaría de Reparto en la fecha previamente acordada en el mismo contrato, esto es 1º de febrero de 1982 y por ello, llegan a la conclusión de que es cierto que el I.S.S., no cumplió en el pago del anticipo, el actor no hizo lo suyo, al incumplir la obligación de presentarse en la Notaría para el otorgamiento de la escritura, y en consecuencia concluyen que no podría declararse incumplimiento de unas de las partes, si ambos incumplieron.

Para la Sala, dicha interpretación no es válida en el caso de autos, ya que como se acaba de anotar en el numeral anterior, el actor sí cumplió cabalmente con sus obligaciones contractuales; quien no cumplió con la suya fue precisamente la entidad contratante que debió haber cancelado el anticipo en la forma ya mencionada, y sin embargo no lo hizo. Por lo tanto, al promitente vendedor, quien no había recibido dicho pago, no podría exigírsele la obligación de otorgar la escritura pública. El principio legal antes transcrito no es de recibo en este caso puesto que las obligaciones no eran conmitantes en el tiempo; de manera que la norma aplicable al caso *sub judice* es el artículo 1546 del C. C. que expresa "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato

con indemnización de perjuicios"; y, en efecto, el actor en el presente litigio solicita no el cumplimiento, sino la resolución del contrato, al pedir que se declare su incumplimiento, con la correspondiente indemnización.

De otra parte, el tribunal examina una carta suscrita por el actor con fecha 3 de febrero de 1982 y enviada al Instituto demandado, interpretándola como si fuera un acuerdo modificatorio del contrato de promesa de compraventa para concluir que dicho oficio hizo desaparecer el contrato "de la vida jurídica por mutuo acuerdo". Esta carta que obra a folio 56 del cuaderno número 2 en lo pertinente, dice así:

"Como seguramente bien lo recordará, en el curso de nuestra conversación telefónica del viernes 29 de enero, tuve ocasión de reiterarle una vez más mi sorpresa y preocupación por el hecho de que el I.S.S., no hubiera procedido aún a cancelar el anticipo acordado en la cláusula tercera del contrato número 445 de fecha 20 de enero, celebrado con el suscrito, y perfeccionado el 22 del mismo mes, previo el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por dicho contrato como el Decreto 150 de 1976.

"Usted y yo estuvimos de acuerdo en que el retardo aludido incidía obviamente en la variación de la fecha inicial convenida (1º de febrero) para la firma de la escritura y, por tanto, en no acudir ese día a la Notaría de Reparto. Coincidimos también en la conveniencia de fijar una nueva fecha tan pronto como se hubiera cancelado el anticipo y estuviera lista la carta de crédito con que el I.S.S., pagaría el saldo del precio".

Para la Sala este documento no tiene los efectos que le atribuye el *a quo*, ya que en ella sólo se trata de que como el I.S.S., no había pagado el anticipo a que se comprometió, era obvio que la fecha para el otorgamiento de la escritura no podía ser ya la fijada en la promesa, y de aquí que por esto, en la carta, se propusiera por el actor convenir una nueva, una vez que se cancelara la obligación del anticipo, a lo cual, entonces, obviamente no estaba renunciando quien la suscribió y consecuencialmente tampoco puede interpretarse en el sentido de que estaba desistiendo del convenio celebrado.

En los contratos bilaterales, es decir en aquellos en los que las partes se obligan recíprocamente, va implícita la condición resolutoria en caso de no cumplirse "por uno de los contratantes lo pactado" en cuyo caso el otro (el que sí cumplió o que aún no tenía que cumplir, por ser su obligación de cumplimiento posterior o por depender ésta de que primero se cumpliera la otra) podrá "pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato" (art. 1546 del C. C.).

En el *sub judice*, el actor, con evidente falta de técnica, en el *petitum* de su demanda se limita a solicitar que se declare que el Instituto

de Seguros Sociales (I.S.S.), incumplió el contrato y que como consecuencia de tal declaración se le condene a indemnizarle los perjuicios causados. Como del artículo 1546 citado surge una acción alternativa: La de cumplimiento o la de resolución del contrato, quien pretenda fundar su accionar en dicha disposición, debe optar por alguna de las dos vías, sin que sea suficiente pedir la declaratoria de incumplimiento del contrato, pues dicho incumplimiento es apenas el presupuesto para que se declare la resolución o se opte porque se obligue al cumplimiento. Por esto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que en estos casos, "la demanda debe invocar uno de los extremos enunciados y pedir, como consecuencia, la indemnizacón a que se aspira. Si así no se hizo, quiere ello decir que se pidió de modo indebido, lo cual constituye una excepción perentoria que debe ser declarada" (Sala de Casación Civil, abril 28, 1952, 6, J, LXXI, pág. 771).

Sin embargo, en el campo de los contratos administrativos doctrina y jurisprudencia sostienen que el contratista no puede exigir a la administración el cumplimiento del contrato sino, en el evento de incumplimiento, su resolución y si fuere el caso, obviamente, el pago de los perjuicios que se le hubieren causado.

De otro lado, con un criterio de amplitud, podría interpretarse que el actor optó precisamente por la resolución del contrato (promesa de contrato de compraventa) como quiera que en el capítulo sobre *"disposiciones violadas y concepto de violación"*, concretamente en su numeral 5º habla de que ante el incumplimiento contractual de la entidad demandada surge para él "el derecho a obtener de la jurisdicción competente la declaratoria correspondiente de resolución de contrato, con indemnización de perjuicios".

Ahora bien, cuando se trata de pedir, como en este caso, indemnización de perjuicios, al actor le corresponde demostrar no sólo el incumplimiento de la obligación contractual sino que dicho incumplimiento le ocasionó un daño. El deudor, a su vez, podrá demostrar que el incumplimiento no le es imputable, probando diligencia en las obligaciones de medio o caso fortuito o fuerza mayor impeditiva, en las obligaciones de resultado (art. 1604 del C. C.).

El actor en el mismo capítulo citado sostiene, con apoyo en una afirmación de la Corte Suprema de Justicia, contenida en providencia que corre publicada en el Tomo LXXIV, página 77 de la Gaceta Judicial, que no tiene necesidad de justificar perjuicios pues basta el hecho del incumplimiento, ya que de acuerdo con aquella afirmación "la ley presume que toda infracción del contrato origina perjuicios".

La Sala se aparta, con respeto naturalmente, de dicha tesis pues la indemnización supone la existencia de un perjuicio que determinará, según las circunstancias, el monto de la reparación a que se tiene derecho.

Como bien lo dice el tratadista chileno Sergio Gatica Pacheco (Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1959, pág. 87) "se trata (se refiere a la necesidad del daño) de un requisito de la esencia de la institución en estudio; de tan evidente necesidad que el legislador se ha sentido dispensado de prescribirlo en términos explícitos, bien que en diversas de sus disposiciones lo pone de manifiesto. Así sucede por ejemplo, cuando establece la obligación del deudor de pagar los "perjuicios" al acreedor que no se haya constituido en mora de recibir (art. 1548. Se refiere el actor obviamente al chileno, pero este artículo corresponde al 1605 del colombiano); cuando señala que excepcionalmente, tratándose de dinero, el acreedor no tiene necesidad de justificar "perjuicios" si sólo cobra intereses (art. 1559 del Código Civil. Igual anota la Sala, al 1617 del nuestro); cuando consagra el derecho del acreedor a ser indemnizado por los "perjuicios" resultantes de la infracción del contrato (art. 1553, número 3 del Código Civil. Igual, vuelve a anotarse, al 1603-3 del colombiano); o cuando establece que la indemnización de "perjuicios" comprende el daño emergente y el lucro cesante (art. 1556 del Código Civil, idéntico, observa la Sala, al 1613, de nuestro código), etc.". Y el mismo autor indica que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de su país siempre ha estimado que el solo incumplimiento no hace presumir los perjuicios, sino que estos deben ser demostrados en forma genérica, porque no siempre los hay cuando se incumple un contrato. Piénsese, por ejemulo, en el caso de incumplimiento del vendedor en la entrega de un predio rústico, cuando puede no existir perjuicios para el comprador si durante el tiempo de la demora no tenía posibilidad de cultivar por razones climatológicas, por falta de semillas en el mercado o por cualquiera otras similares; o cuando el comprador se obligó a cancelar algún gravamen hipotecario, si ello no le impidió la reventa del bien o la consecución de alguna financiación para explotación; o cuando, en un contrato de suministro incumplido, el recipiendario no sólo no se perjudicó sino que recibió un beneficio, porque hubo una baja en los precios del mercado de los artículos que se le debían suministrar, no se vio obligado a tener que revenderlos a menor precio o a mantenerlos en "Stock" con evidente "congelamiento" de un capital.

Una excepción a lo anterior la constituiría la cláusula penal, precisamente porque ella implica un reconocimiento anticipado de perjuicios, de donde si no existe ese reconocimiento anticipado, los daños deben probarse. Y lo comprueba en nuestro derecho el caso de la acción ejecutiva cuando se demandan perjuicios, en cuyo caso el acreedor debe *estimarlos y especificarlos* bajo juramento sino aparecen en el título ejecutivo, pero pudiendo el deudor objetarlos en cuyo caso la regulación se hará entonces mediante incidentes y si no se acredita la cuantía (obviamente por el acreedor) el juez deberá declarar terminada la ejecución y el acreedor sólo podrá pedir su regulación en proceso ordinario, también obviamente, tendrá que probarlos (arts. 495 y 506 del C. de P. C.). Y confirma la tesis, la procedencia de la

condena *in genere* la que para que proceda, se requiere que "no aparezca demostrada su cuantía", de donde su existencia (la de los perjuicios en abstracto) sí debía estar probada (art. 307 *ibídem*), prueba que según la regla general corresponde a quien alega que se le causaron (arts. 1757 de C. C. y 177 del C. de P. C.).

Los tratadistas Henri y León Mazeaud y André Tunc, en su afamado "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", avalan, lo expuesto, al decir: "Entre los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, el perjuicio es aquel cuya existencia suscita menos discusiones. La jurisprudencia se muestra unánime en declarar que no puede haber responsabilidad sin un daño; y la inmensa mayoría de la doctrina se contenta con registrar la regla. En efecto, ese requisito aparece como integrando la esencia de la responsabilidad civil. Puesto que se trata de reparar, hace falta desde luego que exista algo que reparar. Por eso se distingue esencialmente la responsabilidad civil de la responsabilidad moral y de la responsabilidad penal...".

Y sentado lo anterior, entran a considerar el problema del perjuicio en la responsabilidad contractual y afirman: "...el incumplimiento del contrato no puede originar, por sí solo, derecho a reparación, es necesario que cause un daño al acreedor". Y más adelante, al adentrarse en el problema de la carga de la prueba del perjuicio expresan que debe ratificarse la regla general según la cual, la prueba de daño pesa sobre quien lo sufre y sobre su aplicación en el campo de la responsabilidad contractual agregan: "No existe ninguna razón seria para implantar en materia contractual una derogación de los principios generales; no sólo es necesario un perjuicio para exigir la responsabilidad del deudor sino que el incumplimiento del contrato no constituye una presunción de daño a favor del acreedor; éste último está obligado, como en cualquier otra materia, a probar, el perjuicio cuya reparación demanda..." (Ob. cit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1977, números 208, 211, 1681 y 1682).

En el caso que ahora decide la Sala se encuentra que el actor no se preocupó por demostrar el daño inferido por el incumplimiento contractual del Instituto demandado, seguramente porque pensaba que las arras pactadas eran penatorias, pero como ello no fue así, de acuerdo con lo expresado más atrás y como no existe prueba alguna de que dicho incumplimiento le ocasionó un perjuicio, no sería posible proferir condena alguna por este concepto.

El demandante, contradiciéndose en su solicitud de condena al pago de las arras penatorias, o confirmatorias penales como también se las conoce, pidió que tuviera también como perjuicios el valor de todos los gastos en que incurrió "para la celebración del contrato de promesa de compraventa, tales como sumas correspondientes a las garantías o pólizas, al impuesto de timbre, a la publicación del contrato en el Diario Oficial, a los gastos y expensas de asesoría jurídica

para la formación del contrato, etc., de conformidad con lo que se establece probatoriamente en el proceso". Se dice que contraciéndose porque sí pedía el pago de la que creía era una pena, no podía al mismo tiempo solicitar el de los perjuicios, de acuerdo con el artículo 1600 del Código Civil.

Pero tampoco habrá lugar a condenar a la administración al pago de tales gastos porque la Sala considera que ellos constituyen cargas corrientes en que incurre normalmente toda persona para llegar finalmente a la celebración y perfeccionamiento de un contrato con la administración.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de octubre de 1988, dentro del proceso de la referencia y en su lugar:

a) Declárase resuelto el contrato de promesa de compraventa número 445 celebrado el 20 de enero de 1982 entre el señor Ciro Antonio Angarita y el Instituto de Seguros Sociales, del cual dan cuenta los autos por incumplimiento del mencionado Instituto a la obligación a su cargo de que trata el literal b) de la cláusula tercera del citado contrato;

b) Deniégase las restantes súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

La presente providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 14 de diciembre de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta,* con salvedad de voto.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO VI

JUICIOS ELECTORALES

CAPITULO I

ELECTORALES DEL ORDEN MUNICIPAL

JURISDICCION ROGADA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / FALLO ULTRA PETITA - Improcedencia

El juez administrativo no puede fallar extra o ultra petita, *ni tener en cuenta, para decidir, disposiciones constitucionales y legales diferentes a las citadas por el accionante, o conceptos de violación de la norma superior distintos a los expresados en el libelo.*

CONCEJO MUNICIPAL / COMISION PERMANENTE / CONCEJAL SUPLENTE

Los suplentes de los concejales principales en las comisiones permanentes de los concejos municipales deben ser concejales suplentes y no otro u otros concejales principales.

PROCESO ELECTORAL - Términos

En los procesos electorales, los términos consagrados en el C. C. A. al regular el correspondiente procedimiento especial, no sólo son exhaustivos y obligatorios para las partes, terceros, magistrados, consejeros y secretarios de tribunales y Consejo de Estado, sino que igualmente lo son para los señores agentes del Ministerio Público que actúan ante esas corporaciones.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., diez de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 0314. Recurso de apelación ejercitado contra la sentencia de fecha abril 27 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en relación con la demanda de nulidad de la elección de los señores Jorge A. Sedano González y Jorge Ardila Duarte como miembros de la Comisión de Hacienda y Crédito Público del Concejo Municipal de Bucaramanga, efectuada el 8 de agosto de 1988. Actor: Polidoro Cáceres Tarazona.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Polidoro Cáceres Tarazona, parte actora dentro del proceso de la referencia, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander con fecha 27 de abril del presente año, en cuanto por ella se declaró "nula la elección de los miembros de la Comisión de Hacienda y Crédito Público, verificada por el Concejo Municipal de Bucaramanga, en la sesión de 8 de agosto de 1988, contenida en el acta número 02 en la cual se nombró, entre otros, a los doctores José Agustín Sedano González y Jorge Ardila Duarte".

I. *El recurso de apelación y su fundamento.* El actor, en sintético escrito que obra al folio 96 del expediente, al ejercitar el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, expresa que su disconformidad con ella radica en el hecho de que el tribunal no debió invalidar la elección de todos los miembros de la Comisión de Hacienda y Crédito Público, efectuada por el Concejo Municipal de Bucaramanga en su sesión de 8 de agosto de 1988, sino únicamente "aquella plancha específica que no cumplió con los preceptos del artículo 91 del Acuerdo 020 de 1986 o Reglamento del Concejo".

Ninguno de los demandados recurrieron la sentencia de primera instancia.

II. *La sentencia impugnada y su fundamento.* El *a quo*, después de resolver sobre la excepción de falta de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, propuesta por el señor Fiscal de esa Corporación con base en el argumento de la supuesta inexistencia de acción judicial contra el acto administrativo electoral demandado, por tratarse de la integración de una comisión para el simple funcionamiento interno del Concejo Municipal, que no sale o proyecta sus efectos al exterior del mismo, lo que hace en el sentido de rechazarla, expresa como fundamento de su decisión de declarar la nulidad de la totalidad de la elección, lo siguiente:

1º La Ley 11 de 1986, sobre organización municipal, al establecer el trámite que debe darse a los proyectos para que nazcan a la vida jurídica como acuerdos, consagró en su artículo 67, la atribución de los concejos para integrar comisiones permanentes encargadas de rendir informe para el segundo y tercer debate a los proyectos, y en el inciso final dispuso expresamente que "todo concejal deberá hacer parte de una comisión y en ningún caso podrá pertenecer a más de dos comisiones permanentes". Fiel reproducción de este precepto hace el artículo 109 del Decreto-ley 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, en el título dedicado a la expedición de los acuerdos.

2º Ha de entenderse que estas comisiones deben conformarse con la participación de todos los miembros del cabildo, con el objeto de asegurar la intervención de las diferentes corrientes o grupos políticos, y, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Concejo de Bucaramanga, la de Hacienda y Crédito Público, estará integrada por cuatro

(4) concejales con sus respectivos suplentes personales (art. 91 del Acuerdo número 020 de 1986). Si esta es la voluntad del cabildo, no es posible que los últimos, es decir, los suplentes dentro de las comisiones, sean *concejales principales*, porque dado el número de concejales y comisiones que deban integrarse, no sería posible cumplir con el mandato legal de que en ningún caso un concejal podrá pertenecer a más de dos (2) comisiones permanentes, porque el número de miembros no alcanzaría para hacer la distribución respectiva.

En consecuencia —estima el tribunal—, los suplentes en las comisiones permanentes deben ser concejales suplentes, quiénes sólo podrán actuar válidamente cuando se presente vacancia transitoria o absoluta, o ausencia temporal del respectivo concejal principal, conforme lo establece el artículo 72 del C. de R. M. y el Reglamento Interno del Concejo de Bucaramanga.

3º En el presente caso, en la elección de la Comisión de Hacienda y Crédito Público, además de que no se señala cuáles son principales y cuáles son los suplentes, se conforma la comisión con seis concejales principales, lo cual es manifiestamente ilegal.

Así las cosas, concluye el *a quo*, se declarará nula la elección de los miembros de la Comisión de Hacienda y Crédito Público, que designó, entre otros, a los doctores Sedano González y Ardila Duarte.

III. *El concepto del señor agente del Ministerio Público ante el Consejo.* El señor Fiscal Octavo de la Corporación, en concepto de 6 de julio del presente año, considera que debe modificarse la sentencia apelada en el sentido expresado por el apelante, pues la nulidad tan sólo debe afectar la elección de los doctores Jorge Agustín Sedano G. y Jorge Ardila Duarte.

Para resolver, *se considera:*

En primer lugar, la Sala no debe dejar de observar la morosidad en que incurrió el señor Fiscal del Tribunal Administrativo de Santander, con motivo del traslado que se le corrió, en cumplimiento de lo dispuesto en la ley procesal contencioso administrativa, para que se pronunciara sobre la acción y las pretensiones de la demanda promovida por el señor Cáceres Tarazona, contraria a los fines perseguidos por el legislador, desde hace muchos años, al consagrar un procedimiento especial, que se caracteriza por su celeridad y la existencia de términos perentorios para consejeros de Estado, magistrados de los tribunales administrativos y secretarios de Consejo y tribunales, para evitar que las decisiones de los jueces de esta jurisdicción especial, en torno a la acción electoral, coincidan con la expiración de los períodos constitucionales o legales para los cuales sean nombrados o elegidos los ciudadanos colombianos, o que la vinculación irregular de un empleado o funcionario público se extienda considerablemente en

el tiempo, como va a acontecer en el caso presente por la demora en la tramitación del proceso.

En efecto, habiéndose corrido traslado al señor Fiscal del tribunal por el término legal de 10 días hábiles, lo que ocurrió el día 30 de noviembre de 1988, el citado agente del Ministerio Público —que como tal es de los primeros llamados a cumplir y hacer cumplir la ley— sólo rindió su concepto el 13 de marzo del presente año, cuando habían transcurrido tres meses, 13 días, sin causa justificada alguna que aparezca comprobada dentro del proceso, y sin que la parte actora ni el señor magistrado conductor del proceso hubieren realizado gestión alguna, al parecer, para obtener la devolución del expediente, con o sin concepto del señor Fiscal.

Para la Sala es incuestionable que, en los procesos electorales, los términos consagrados en el C. C. A. al regular el correspondiente procedimiento especial, no sólo son exhaustivos y obligatorios para las partes, terceros, magistrados, consejeros y secretarios de tribunales y Consejo de Estado, sino que igualmente lo son para los señores agentes del Ministerio Público que actúan ante esas corporaciones. Lo contrario, es decir, admitir que estos últimos pueden mantener en sus despachos los procesos electorales durante un término mayor al previsto en la ley, o superior al normal o usual o indispensable cuando se trate de simples notificaciones, sin que nada se pueda hacer para remediarlo y sin que, como consecuencia de esa conducta morosa, incurran en algún tipo de responsabilidad, conduciría a hacer nugatoria la intención del legislador de la que antes se habló.

Por ello, la Sala ordenará compulsar copia de la parte pertinente de la actuación, con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que se investigue la conducta del señor doctor Robiel Martínez Jaime, dentro del presente proceso.

En segundo término, la Sala no entiende cómo el *a quo* pudo llegar a adoptar la decisión de anular la elección de la totalidad de los miembros de la Comisión de Hacienda y Crédito Público del Concejo de Bucaramanga, así haya encontrado que se eligieron ilegalmente seis concejales para integrarla debiendo serlo tan sólo cuatro de ellos, cuando es evidente, según los términos de la demanda, que se está impetrando solamente la nulidad de la elección de los doctores Sedano González y Ardila Duarte, y no por constituir ellos el exceso, sino por cuanto ambas personas ostentan la calidad de concejal principal.

Y no lo entiende, por cuanto sabiéndose que esta jurisdicción es esencialmente rogada, ello implica que el juez debe limitarse a resolver sobre lo pedido por el actor en su libelo, para lo cual tan sólo puede tener en cuenta las normas invocadas como violadas en la demanda y el concepto de su violación expresado por el demandante. No puede, en consecuencia, el juez administrativo fallar *extra* o *ultra petita*, ni

tener en cuenta, para decidir, disposiciones constitucionales o legales diferentes a las citadas por el accionante, o conceptos de violación de la norma superior distintos a los expresados en el libelo.

Por ello, y como desarrollo de ese principio que informa el derecho procesal en general, salvo el caso especial del derecho procesal laboral en donde sí le es dable al juzgador fallar *extra* o *ultra petita*, se ha establecido en el artículo 305 del C. de P. C. que *"la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades* —corrección o modificación de la demanda y demanda de reconvención cuando ello procede— que este código contempla", y en el artículo 170 del C. C. A. que "la sentencia analizará los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis *resolverá las peticiones...*" (se subraya), lo cual, en otras palabras, quiere decir que no le es dado al juez modificarle la demanda al accionante, salvo norma expresa en contrario que le permita fallar *extra* o *ultra petita*.

En consecuencia, debería atenderse la solicitud del señor Fiscal Octavo del Consejo, sobre modificación de la parte resolutiva de la sentencia, si es que la Sala llegare a la conclusión de que es nula la elección recaida en los doctores Sedano González y Ardila Duarte.

Y, finalmente, en cuanto hace relación a la elección de dichas personas como miembros o integrantes de la Comisión de Hacienda y Crédito Público del Concejo de Bucaramanga, considera la Sala:

a) Que realmente al no expresarse en el acta que recoge el acto administrativo electoral, cuáles de los elegidos para integrar la Comisión de Hacienda y Crédito lo son con el carácter de principales y cuáles con el de suplentes, hay que entender que se eligió a todos como principales, lo cual riñe contra el ordenamiento contenido en el artículo 91 del Reglamento del Concejo de Bucaramanga, que expresa que serán tan solo cuatro con sus respectivos suplentes. Empero, como se ha dicho, no es posible para el juez administrativo declarar la nulidad de la elección de todos los integrantes de la Comisión indicada, como lo hizo el *a quo*, porque el accionante sólo impugna la de los doctores Sedano González y Ardila Duarte, y por cuanto de otro lado, de hacerse así, se quebrantaría el canon constitucional contenido en el artículo 26 de la Carta, que garantiza el derecho de defensa y el del debido proceso, ya que los otros elegidos, entendiendo que la demanda era sólo contra los doctores Sedano G. y Ardila D. y no contra ellos, no comparecieron al proceso dentro del término de ley para hacer valer sus derechos, ni fueron notificados personalmente del auto admisorio de la demanda, cosa que sólo se dispuso respecto de los citados Sedano G. y Ardila D.;

b) Que está en un todo de acuerdo con lo expresado por el *a quo*, sobre el aspecto relativo a que, los suplentes de los concejales prin-

cipales en las comisiones permanentes de los concejos municipales deben ser concejales suplentes y no otro u otros concejales principales. Pero no por cuanto "dado el número de concejales y comisiones que deben integrarse, no sería posible cumplir con el mandato legal de que en ningún caso un concejal podrá pertenecer a más de dos comisiones, porque el número de miembros no alcanzaría para hacer la distribución respectiva", como lo expresa el tribunal en la parte considerativa de la sentencia, sino por cuanto, como bien lo anota el demandante, de no ser suplentes de los principales los llamados a la suplencia o suplencias de una Comisión Permanente, al producirse vacancia transitoria o absoluta de un concejal principal, que por mandato legal debe hacer parte por lo menos de una comisión permanente, el llamado por disposición legal a llenar la vacancia, en su condición de suplente, no tendría posibilidad alguna de formar parte de una comisión de las que fueron integradas con anterioridad con sólo principales, para el respectivo período, lo cual conduciría al quebrantamiento del artículo 67 de la Ley 11 de 1986.

Empero, como en el caso presente se ha llegado en el literal anterior —el a)— a la conclusión de que todos los elegidos son miembros principales de la Comisión de Hacienda y Crédito Público, pues en el acto administrativo que recoge la elección no se especifica cuáles son principales y cuáles suplentes, no es posible para el juez anular la elección de los doctores Sedano González y Ardila Duarte, así al integrarse dicha comisión permanente con más de cuatro miembros principales se haya quebrantado el artículo 91 del Reglamento del Concejo de Bucaramanga, aspecto no invocado por el accionante como fundamento de sus pretensiones, como se ha dicho.

Por ello, deberá revocarse la sentencia apelada, y no simplemente proceder a su modificación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con su fiscal colaborador,

Falla:

Primero. Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, con fecha 27 de abril de 1989, dentro del proceso iniciado por el ciudadano Polidoro Cáceres Tarazona.

Segundo. Niéganse las pretensiones de la demanda promovida por el ciudadano Polidoro Cáceres Tarazona.

Tercero. Por la Secretaría compúlsese copia de la parte pertinente de la actuación, con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que se investigue la conducta del señor doctor Robiel Martínez

Jaime, Fiscal del Tribunal Administrativo de Santander, dentro del presente proceso.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

Jorge Penen Deltieure, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SISTEMA NACIONAL DE SALUD - Régimen de personal

Si el cargo no se incluye dentro de las excepciones señaladas en el artículo 17 del Decreto 694 de 1975 como empleo de libre nombramiento y remoción, por exclusión corresponde a los denominados de carrera, y como tal, su provisión debe hacerse por el proceso de ingreso correspondiente al Sistema Nacional de Salud.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., treinta y uno de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número E-0309. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya. Apelación de la sentencia proferida por el honorable Tribunal Administrativo del Tolima el 31 de marzo de 1989.

Por apelación, conoce la Sección de la sentencia calendada a treinta y uno (31) de marzo del año en curso, en cuya virtud el honorable Tribunal Administrativo del Tolima declaró no probada la excepción de caducidad de la acción alegada por la parte demandada, y denegó las pretensiones del actor contra el acto de nombramiento de la doctora Helena Esperanza Vásquez Rubio como Médico General del Hospital San Francisco de Ibagué.

Rituada la segunda instancia y no observando en lo actuado causal alguna de invalidez, se procede a decidir lo que en derecho corresponde con base en los siguientes,

Antecedentes:

I. *De la demanda.* a) El actor solicita que, mediante los trámites del proceso electoral se declare, en primer lugar, la nulidad de la Resolución número 3424 de 9 de octubre de 1987, proferida por el Jefe de la Unidad Regional de Salud de Ibagué, el Director del Hospital Regional Federico Lleras Acosta, por medio de la cual fue nombrada la doctora Helena Esperanza Vásquez Rubio Médico General del Hospital San Francisco de esa ciudad, con jornada de cuatro (4) horas y asignación de $ 50.000.00 pesos mensuales; también, la nulidad

de la Resolución número 002659, de 21 de octubre de 1987, suscrita por el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Tolima, aprobatoria de la resolución anterior; y, en tercer lugar, que se remita copia de la providencia que decida esas pretensiones a quienes corresponda juzgar penal y disciplinariamente por la expedición irregular de dichos actos;

b) Como quiera que se solicitó, igualmente, la suspensión provisional de los actos acusados, dicha petición fue negada por el *a quo* en providencia de fecha 12 de enero de 1988, considerando que de las pruebas aportadas no aparecía, a primera vista, la violación flagrante y ostensible de las normas indicadas en el libelo, cuestión que sólo podría dilucidarse con claridad en la sentencia;

c) El actor, como fundamento de su pretensión, arguye la pretermisión de los procedimientos estatutarios y reglamentarios al efectuar el nombramiento cuestionado, por cuanto la doctora Vásquez Rubio fue nombrada sin que se hubiera declarado la vacancia definitiva del cargo y con falsedad de los motivos determinantes de la designación, toda vez que se alude a la supuesta renuncia del anterior titular, el doctor Oscar Augusto Gallo Buitrago, amén de que fue desconocida la "función propositoria", que corresponde al Director del Hospital San Francisco de Ibagué, al ser desatendidos los memorandos que al respecto envió a la entidad nominadora;

d) En lo que se refiere a las normas violadas aduce las siguientes disposiciones: Artículo 36 del Decreto-ley 056 de 1975; artículos 19, 49, 55 y 61 del Decreto reglamentario 1468 de 1979 de conformidad con el artículo 16 del Decreto 694 de 1975; la Resolución 010 de 30 de abril de 1977, contentiva de los Estatutos del Hospital San Francisco de Ibagué, y la Resolución 7985, de 30 de agosto de 1978, por la cual el Ministerio de Salud aprobó esos Estatutos. También el artículo 66, inciso 1º del Decreto-ley 01 de 1984 y los artículos 2º, 20 y 63 de la Constitución Nacional. Al respecto sostiene que esas normas fueron infringidas con el acto cuestionado, por cuanto se hizo la provisión del cargo sin sujeción a las normas estatutarias y reglamentarias de forzosa ejecución.

Con el libelo demandatorio allegó prueba documental, encaminada a demostrar los hechos que sirven de fundamento al *petitum*.

II. *De la contestación de la demanda.* Mediante apoderado judicial, la doctora Helena Esperanza Vásquez Rubio se opuso a las pretensiones del actor manifestando que los actos impugnados fueron producidos con el lleno de los requisitos legales, fuera de ser ilegibles las copias que al respecto aportó el demandante. Concretamente dice que la de la Resolución 3424 de 9 de octubre de 1987 es imperfecta, por no ser legibles las firmas de quienes la suscribieron, y en cuanto a la

alegada potestad del artículo 8º, ordinal 7 de la Resolución 010 de 1977, según la cual el Director del Hospital San Francisco de Ibagué puede proponer nombres para cargos y remociones en el personal de esa institución, sostiene que ella no es definitiva, habida cuenta que está condicionada a la aceptación "de la jefatura del Servicio Seccional de Salud" (sic).

Por lo demás, agrega, la facultad nominadora está asignada por el artículo 36 del Decreto 056 de 1975, correspondiendo en el caso cuestionado al Director del Hospital Federico Lleras Acosta, por ser dicha dirección la del área de la que depende el Hospital San Francisco.

Propuso, también, excepción de caducidad de la acción, por cuanto la demanda fue presentada ante el honorable Tribunal Administrativo del Tolima el 13 de noviembre de 1988, cuando habían transcurrido veintisiete (27) días hábiles después de verificado el nombramiento —el 9 de octubre de 1988—.

III. *La sentencia recurrida.* Previo concepto del Agente del Ministerio Público, favorable a las pretensiones de la demanda, se desató la primera instancia declarando no probada la excepción de caducidad de la acción y negando las pretensiones del actor. Al efecto se transcribió, casi en su totalidad, proveimiento de 21 de junio de 1988, cuya apelación fue resuelta por esta Sala con declaratoria de nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, por defectuosa notificación del mismo.

Al igual que en la sentencia invalidada, el *a quo* desestimó la alegada caducidad de la acción por cuanto el acto cuestionado es de naturaleza jurídica compleja, pues la resolución de nombramiento requería la aprobación del Servicio Seccional de Salud, que vino a producirse mediante la Resolución 002659 de 21 de octubre de 1988, de donde infirió que el 13 de noviembre de 1988, día de la presentación de la demanda, no había transcurrido el término previsto en el artículo 136, inciso final, del C. C. A.

De otra parte, la sentencia sostiene que la resolución por la que se aceptó al doctor Oscar Augusto Gallo Buitrago su renuncia al cargo de Médico General del Hospital San Francisco, continúa gozando de la presunción de legalidad que ampara a los actos de la administración, por no haberla nulitado autoridad competente. En cuanto al nombramiento de la doctora Vásquez Rubio, sostiene que esa provisión se hizo de acuerdo con el artículo 48 inciso 1º del Decreto 1848 de 1979, por ser cargo de libre nombramiento y remoción, no presentándose violación del artículo 19 del Decreto 1468 de 1979, por tratarse de cubrir una vacante mientras se efectuaba la selección.

Por último, considera que el Hospital San Francisco depende del Servicio Seccional de Salud del Tolima y por ende, del Hospital Fede-

rico Lleras Acosta de Ibagué, siendo el Director de éste el nominador. Que, consiguientemente, a él correspondía aceptar la renuncia presentada por el doctor Gallo Buitrago y hacer la correspondiente provisión, sin tener que declarar la vacancia, y en cuanto a los memorandos enviados por el doctor Monroy Cabra al Jefe de la Unidad Regional, sostiene la providencia impugnada que la facultad de postular nombres para cargos y remociones sólo tiene carácter de recomendación, precisamente por tratarse de empleos de libre nombramiento y remoción.

IV. *Del recurso interpuesto.* El actor interpuso y sustentó la apelación que ahora se decide, limitándose a expresar inconformidad, primero, por el hecho de ser la sentencia recurrida una "repetición mecánica" de la que había proferido el *a quo* cuando el proceso se hallaba viciado de nulidad y, segundo, por la conveniencia de un pronunciamiento de la Corporación acerca de la existencia de vicio de incompetencia, por estar marginado el Gobernador del Departamento de las decisiones sobre administración del personal que labora en el Servicio Seccional de Salud y sus Unidades Regionales y Locales, tratándose de un organismo del orden departamental no erigido en establecimiento público descentralizado.

V. *Del concepto del Ministerio Público en segunda instancia.* El señor Fiscal Séptimo de la Corporación calificó de impreciso el recurso interpuesto, por una parte, porque el recurrente se limitó a expresar que la sentencia es repetición mecánica de la providencia proferida cuando el proceso se encontraba afectado de nulidad, y, por otra, porque plantea aspectos no aducidos en el libelo demandatorio, como el del supuesto marginamiento del Gobernador en las disposiciones sobre administración del personal del Servicio Seccional de Salud del Tolima y de sus Unidades, tanto Regionales como Locales. Se adentra, seguidamente, en el examen de las resoluciones cuestionadas, para concluir solicitando acoger las pretensiones del actor. A esa conclusión llega luego de cuidadoso examen de las normas legales y reglamentarias a cumplir en materia de nombramientos para el Servicio Seccional de Salud, de las Seccionales y de las Unidades Regionales del mismo, estimando que el cargo para el que fue nombrada la doctora Helena Esperanza Vásquez Rubio es de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, por lo que la respectiva vacante no podía llenarse mediante nombramiento ordinario, sino en período de prueba con persona seleccionada del modo previsto en la ley o en provisionalidad, de donde infiere que los funcionarios nominadores excedieron su competencia al efectuar el nombramiento cuestionado. Por ende, concluye, el acto demandado debe nulitarse, previa revocatoria de la sentencia que se impugna.

Consideraciones:

De la sentencia recurrida son pocas las consideraciones que puede compartir la Sala. De ellas las consignadas para estimar no probada

la excepción de fondo de caducidad de la acción, aducida por la parte demandada, respecto de la cual el *a quo* concluyó en su improsperidad por efecto del carácter complejo del acto demandado, toda vez que el nombramiento efectuado por el Jefe de la Unidad Regional de Salud, en este caso el Director del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, debía ser refrendado por el Director del Servicio Seccional de Salud del Tolima, como que así resulta de lo previsto en el artículo 25 del Decreto 056 de 1975. De ello infirió con acierto, que el término de caducidad no cabía contarlo partiendo de la fecha de la resolución de nombramiento número 3424 de 9 de octubre de 1987, sino de la aprobatoria de esa designación, fechada a 21 de los mismos mes y año, y que, por ende, a la fecha de la presentación de la demanda no había transcurrido el término previsto en el inciso final del artículo 136 del C. C. A., subrogado por el artículo 7º de la Ley 14 de 1988.

También, las atinentes a la presunción de legalidad reconocida a las Resoluciones números 3424 y 002659, calendadas a 9 y 21 de octubre de 1987, respectivamente, mediante las cuales se aceptó la renuncia del doctor Oscar Augusto Gallo Buitrago, para separarse del cargo de Médico General del Hospital San Francisco de Ibagué.

En efecto, ese acto no ha sido invalidado y además, se ciñe a las previsiones del artículo 82 del Decreto 694 de 1975, en cuanto la aceptación de la renuncia de quien labora en el Sistema Nacional de Salud es potestad del nominador. De allí que el dimitente no tenía porqué hacer conocer su voluntad de retirarse del servicio a su superior inmediato, el Director del Hospital San Francisco, sino a quien correspondía aceptarle la renuncia, el Jefe de la Unidad Regional de Salud de la que aquélla institución dependía, precisamente el Director del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué.

No así las que atañen a la interpretación de las normas vigentes en cuanto al régimen de provisión de cargos en el Sistema Nacional de Salud, contenidas en los artículos 17 del Decreto 694 de 1975 y 47 y 48 del Decreto 1468 de 1979. En efecto, al folio 6 del fallo recurrido se sostiene que "...el nombramiento de la doctora HELENA ESPERANZA VASQUEZ RUBIO, se produjo conforme al artículo 48 inciso primero del Decreto 1848 (sic) de 1979, por ser un cargo de libre nombramiento y remoción..." (Mayúsculas del texto transcrito), desconociendo la previsión del artículo 17 del citado Decreto 694 de 1975, que determina con exclusividad los cargos de libre nombramiento y remoción del Sistema Nacional de Salud, entre los que no se encuentra el de médico general. Pero contradictoriamente alude luego, en el mismo párrafo, al procedimiento especial para ingresar a los cargos de carrera en ese sistema y concluye que el nombramiento de la doctora Vásquez Rubio no violó el "artículo 19 y siguientes del decreto citado porque no se trata aquí, del proceso de selección, sino simplemente cubrir la vacante, esto es mientras se determina hacer la selección...", dejando de lado la previsión contenida en el artículo 48,

inciso 2º del mismo decreto reglamentario, en cuanto dispone que los nombramientos en provisionalidad no pueden exceder de seis (6) meses, circunstancia que debe consignarse en la providencia de nombramiento, lo que no se hizo en las resoluciones acusadas.

Con claridad y precisión innegables trata este aspecto el señor Fiscal Séptimo Colaborador en su concepto de instancia, estimando la Sala innecesario reiterar el examen de la misma situación para efectos de desatar la alzada. Así se expresa a folios 95 y siguientes:

> "Establece el Decreto número 056 de 1975 que por Sistema Nacional de Salud se entiende, el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación, y rehabilitación —art. 1º—. El mismo decreto dispone que cuando la legislación sobre Sistema Nacional de Salud se refiere a niveles locales regionalizados se entenderá que son Unidades Regionales de Salud artículo 2º y agrega que el Sistema Nacional de Salud tendrá una organización básica para rendición en los niveles nacional, seccional y local —art. 4º—. La dirección del sistema a nivel seccional la ejercen los Servicios Seccional de Salud que funcionan en las capitales de los departamentos, de las intendencias, de las comisarías y del Distrito Especial de Bogotá —art. 7º—; el nivel seccional de salud se divide en Unidades Regionales de Salud que corresponden a una determinada área geográfica —art. 19—; y el artículo 22 del mismo decreto establece que la dirección del Sistema Nacional de Salud en las Unidades Regionales corresponderá a uno de los hospitales de la región que se denominará hospital sede de la unidad regional, y su director es el jefe de la unidad regional —art. 23—; el nivel local está constituido por las unidades ejecutoras de los programas de salud —art. 31—.
>
> "Por su parte, el Decreto 694 de 1975, por el cual se establece el estatuto de personal para el Sistema Nacional de Salud, dispone en el artículo 17:
>
> "*Artículo 17*. Los empleos del Sistema Nacional de Salud, podrán ser de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa.
>
> "Son de libre nombramiento y remoción los siguientes empleos:
>
> "a) Ministro;
> "b) Viceministro;
> "c) Secretario General;
> "d) Directores generales y jefes de oficina;

"e) Presidente, Vicepresidente, Gerente, Subgerentes o Directores y Subdirectores o Secretarios Generales de los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Salud;

"f) Jefes de los Servicios Seccionales de Salud;

"g) Todos los cargos de los despachos de los funcionarios mencionados;

"h) Los consejeros o asesores de los funcionarios a que se refieren los literales a), b) y c).

"*Son de carrera los demás empleados* (se subraya).

"El Decreto número 1468 de 1979, por el cual se reglamentó el anterior, ordena en su artículo 1º que su contenido regula la administración de personal, entre otros entes, de los Servicios Seccionales de Salud, de las Unidades Regionales de Salud y de las demás entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud, y en cuanto se refiere a las diferentes formas de proveer los cargos señala: El nombramiento ordinario, en período de prueba o provisonalidad, por promoción, por traslado o por encargo.

"Los cargos de libre nombramiento y remoción se proveen mediante nombramiento ordinario y los de carrera deben proveerse mediante nombramiento en período de prueba y anota el artículo 48 del mismo decreto que cuando no sea posible proveer un cargo de conformidad con el procedimiento de selección 'podrá proveerse mediante nombramiento provisional'. La duración de esta clase de nombramiento no podrá excederse de seis meses y esa circunstancia debe consignarse en la providencia correspondiente, y el segundo inciso del artículo 53 *ibídem* ordena que 'cuando no sea posible proveer un cargo mediante concurso abierto o traslado, podrán hacerse nombramientos provisionales o encargos'.

"En el presente caso, el jefe de la Unidad Regional de Ibagué —Hospital Federico Lleras Acosta— profirió la Resolución número 3423 de octubre 9 de 1987, mediante la cual aceptó la renuncia presentada por el Médico General Oscar Augusto Gallo Buitrago para separarse del cargo de Médico General del Hospital San Francisco de Ibagué, a partir de primero de octubre del mismo año con la observación de que para su validez esa resolución requería de la aprobación del Servicio de Salud del Tolima. Mediante la Resolución número 002660 de 22 de octubre de 1987, el jefe del Servicio de Salud aprobó la Resolución número 3423.

"Por Resolución número 3424 de 9 de octubre de 1987, el jefe de la Unidad Regional de Ibagué nombró en el cargo

de Médico General del Hospital San Francisco a la doctora Esperanza Vásquez Rubio a partir de la fecha de su posesión y condicionó la validez de ese acto administrativo a la aprobación del Servicio de Salud del Tolima.

"Mediante Resolución número 002659 de 21 de octubre de 1987, el jefe del Servicio de Salud del Tolima aprobó la Resolución número 3424, habiendo sido demandados en este proceso tan solo las dos últimas mencionadas. La Resolución número 10 de 1977, por la cual se expidieron los estatutos del Hospital San Francisco, señala que este centro tuvo su origen en la voluntad del Estado, sin determinar el acto que expresara dicha voluntad sin embargo, anota que el hospital mencionado es una entidad de salud adscrita al Sistema Nacional de Salud y por ende sujeto a las normas que regulan las entidades vinculads a ese sistema, entre otras las que tienen que ver con el estatuto y administración de personal contenidas en los Decretos 694 de 1975 y 1468 de 1979.

"En tales circunstancias, el cargo de Médico General del Hospital San Francisco, que no está incluido dentro de las excepciones señaladas en el artículo 17 del Decreto 694 de 1975 como empleo de libre nombramiento y remoción, por exclusión correspondería a los demás denominados de carrera, y como tal para su provisión debió recurrirse al proceso de ingreso al servicio del Sistema Nacional de Salud por mérito. El literal c) del artículo 18 del Decreto 1468 de 1979 señala, entre las entidades competentes para selección de personal, a los Servicios Seccionales de Salud, que también tienen competencia para seleccionar el personal de las Unidades Regionales de su jurisdicción como el Hospital Federico Lleras Acosta y de las Unidades operativas locales, dentro de las cuales podía incluirse el Hospital San Francisco de Ibagué, toda vez que éste es una entidad especializada de control de tuberculosis, y no, como lo indica el accionante, un centro o puesto de salud o de socorro local, cuyo personal en esos casos sí es nombrado por el Director del Hospital del área del cual dependan.

"Pero además, el segundo inciso del artículo 18 del mismo decreto determina que corresponde a los Servicios Seccionales de Salud y a las Unidades Regionales desarrollar su respectivo sistema de selección con base en las normas del Sistema Nacional de Salud y con la asesoría del departamento administrativo del Servicio Civil, pero si ellas no existen, como parece ocurrir en este caso, debió recurrirse al nombramineto en provisionalidad en los términos del artículo 48 del Decreto 1468 de 1979 que dice:

"'*Artículo 48. De los nombramientos.*

"'.....

"'Cuando no sea posible proveer un cargo con personal escogido de conformidad con el procedimiento de selección, podrá proveerse mediante nombramiento provisional. La duración del nombramiento provisional no podrá exceder de seis (6) meses, circunstancia esta que deberá consignarse en la providencia correspondiente. Dentro de dicho término se dará cumplimiento a lo dispuesto en el presente decreto sobre provisión de vacancias definitivas. Si el titular no ha sido seleccionado al vencimiento del período de seis (6) meses de que trata el inciso anterior, se produce vacancia definitiva y el empleado provisional quedará retirado del servicio'.

"El artículo 6º del Acuerdo número 10 de 1977, ya mencionado, al referirse a la estructura administrativa del Hospital de San Francisco, lo señala como una dependencia directa del Servicio Seccional de Salud, y no de la Unidad Regional, y le determina una jefatura que corresponde a la dirección del hospital, siendo su jefe el director de ese ente, y entre cuyas funciones se encuentra la de:

"'7. Proponer nombres para cargos y remociones de acuerdo con la jefatura del Servicio Seccional de Salud, del estatuto de personal, de sus normas reglamentarias y demás normas de administración de personal'.

"Esta norma contradice la afirmación del accionante en la demanda, en el sentido de que para este caso la competencia nominadora radicaba exclusivamente en el Director del Hospital de San Francisco.

"En concepto de este despacho, la demanda debió prosperar por cuanto el cargo para el que fue nombrada la doctora Helena Esperanza Vásquez Rubio no era de libre nombramiento y remoción y por tanto no podía recurrirse al nombramiento ordinario, sino a la designación en provisionalidad; en este orden de ideas, es forzoso concluir que los funcionarios nominadores desbordaron su competencia para hacer tal designación y, en consecuencia, los actos impugnados merecen ser anulados" (sic, fls. 95 a 98).

Compartiendo la Sala, en su integridad, el concepto transcrito, necesariamente debe revocar la sentencia apelada para declarar inválidas las resoluciones de nombramiento acusadas, aplicando el artículo 23 del Decreto 694 de 1975, en cuanto dispone que "...el nombramiento de personal que se hiciere en contravención a las normas del presente decreto y su reglamento, será nulo...".

Por lo demás, para mayor abundamiento en el examen del caso cuestionado, no puede la Sala dejar de anotar la poca consistencia jurídica de la sustentación del recurso que se decide. En efecto, ningún reproche cabe hacer al hecho de haber transcrito el tribunal de primera instancia, casi en su totalidad, el texto de la sentencia invalidada dentro del mismo proceso, precisamente porque subsistiendo igual acervo probatorio de los hechos aducidos para fundamentar las pretensiones y, por ende, siendo también iguales las disposiciones legales aplicables, habría sido innecesario que conservando el *a quo* sus criterios respecto de la cuestión *sub lite* se empeñara en expresarlos de diferente forma, cuando por economía de trabajo y en orden a recuperar el tiempo perdido por la declaratoria de nulidad, bastaba transcribir sus anteriores consideraciones.

Y por lo que atañe a la posible incompetencia en la provisión de empleo del Servicio Seccional de Salud, por no participar en esa función el Gobernador del Departamento, bueno es observar que esos Servicios Seccionales son dependencias técnicas del Ministerio de Salud Pública (art. 8º del Decreto 056 de 1975), a los que se incorporan las Secretarías de Salud de los Departamentos, Intendencias y Comisarías y del Distrito Especial de Bogotá, en virtud de contrato de integración con la respectiva entidad territorial (art. 10 del Decreto 056 aludido y arts. 1º y 2º del Decreto 350 de 1975).

De allí que no siendo los Servicios Seccionales de Salud dependencia de la correspondiente entidad territorial, sino del Ministerio de Salud, no cabe la intervención del respectivo jefe de la administración seccional sino como presidente de la Junta de los Servicios Seccionales, en desempeño de las funciones que a dichas juntas les asigna el artículo 18 del Decreto 056 de 1975, entre las que no está la de proveer cargos en los niveles seccionales ni regionales de salud, con excepción de la de directores de los hospitales universitarios y de los hospitales regionales en los casos determinados en los literales d) y e) de esa norma.

Al acoger las pretensiones de la demanda se comunicará esta sentencia al Ministerio de Salud Pública, como Dirección del Sistema de Salud a nivel nacional, para que determine la posibilidad de adelantar investigación disciplinaria contra sus agentes, a nivel seccional y regional, que intervinieron en el nombramiento que se invalida.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en pleno acuerdo con el concepto del señor Fiscal Séptimo y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Revócase la sentencia de fecha 31 de marzo del año en curso, proferida por el honorable Tribunal Administrativo del Tolima en este proceso.

Segundo. Declárase la nulidad de las Resoluciones números 3424 y 002659, dictada la primera el 9 de octubre de 1987 por el Jefe de la Unidad Regional de Salud de Ibagué, y la segunda el 21 de los mismos mes y año por el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Tolima, en virtud de las cuales fue nombrada y aprobado el nombramiento de la doctora Helena Esperanza Vásquez Rubio como Médico General del Hospital San Francisco de Ibagué.

Tercero. Comuníquese lo aquí resuelto al señor Ministro de Salud Pública, para efecto de la posible aplicación de sanción disciplinaria a quienes profirieron las resoluciones invalidadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Jorge Penen Deltieure, Presidente de la Sala; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL - Requisitos / DEMANDA EN FORMA

A la demanda en la acción pública electoral debe siempre allegarse el acto por medio del cual la elección se declara. Dicho acto es el pronunciamiento administrativo de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se atribuye a los ciudadanos la investidura alcanzada a través del proceso electoral.

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

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número E-0319. Actores: José Elid Valderrama y Saturnino Quevedo. Recurso de apelación contra la sentencia proferida por el honorable Tribunal Administrativo del Meta el 15 de mayo de 1989.

Por apelación, conoce la Corporación de la sentencia calendada a mayo 15 del año en curso, en virtud de la cual el honorable Tribunal Administrativo del Meta declaró probada la excepción de inepta demanda, en el proceso de nulidad del acto declaratorio de la elección del ciudadano Carlos Eduardo Díaz Jarb como alcalde del Municipio de San Carlos de Guaroa.

No encontrando en lo actuado causal alguna de invalidez, se procede a dictar la sentencia que desate el recurso, con apoyo en los siguientes

Antecedentes:

I. De la demanda. Sus fundamentos de hecho y de derecho.

Pretende la declaración de nulidad de la elección del señor Carlos Eduardo Díaz Jarb, como alcalde del Municipio de San Carlos de Guaroa (Meta), bajo acusación de haberse presentado múltiples irregularidades en el proceso cumplido el día de las elecciones, que por violación del sistema electoral determinan la invalidez de aquélla y la subsiguiente práctica de nuevo escrutinio. También, pide el actor se

declare sin valor la credencial otorgada al alcalde elegido, previa anulación de los votos emitidos en la urna que funcionó en la Inspección de Policía "Rincón de Pajure" del municipio en mención, así como la condena en costas de quien haga oposición a la demanda. Igualmente "ordenar el pago de los sueldos que le correspondan al alcalde elegido de conformidad al nuevo escrutinio, y demás adehalas conforme a la ley".

Los hechos, fundamento de la pretensión, los constituyen diversos acaecimientos, según el actor ocurridos antes y durante las elecciones llevadas a cabo el 13 de marzo de 1988 en el corregimiento de "Rincón de Pajure", entre ellos el ejercicio de presiones indebidas por funcionarios públicos, para inclinar la votación en determinado sentido; la votación por personas que no aparecían inscritas o no llenaban los requisitos legales; la votación de ciudadanos en formularios que no correspondían; la falta de votos depositados en favor de determinado candidato; y finalmente, haberse llevado a cabo el escrutinio municipal en la biblioteca de la localidad y no en el recinto de la Registraduría Municipal del Estado Civil. También, por inhabilidad del doctor Díaz Jarb para ser elegido alcalde, por haber desempeñado la Personería Municipal del lugar, aunque no se acreditó el tiempo del ejercicio de ese cargo.

Como disposiciones violadas se citaron numerosos preceptos de la Constitución Nacional; el Acto Legislativo número 1 de 1986; la Ley 11 de 1986; la Ley 96 de 1985, en sus artículos 42 y 65; el Decreto-ley número 2241 de 1986; el Decreto 1950 de 1973; la jurisprudencia y la doctrina.

El concepto de la violación se desarrolla afirmando la ocurrencia de las irregularidades dichas durante el proceso electoral en mención, concluyendo que ellas constituyen violación del artículo 1º del Decreto 2241 de 1986, en concordancia con la Ley 96 de 1985. Además, que el cambio de sitio para efectuar el escrutinio, efectuado en el recinto de la biblioteca municipal de la población, constituye transgresión de lo mandado en el artículo 41 de la Ley 96 de 1985 y de la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado. Finalmente ratifica una presunta inhabilidad del alcalde elegido, al afirmar que era funcionario público con autoridad durante el lapso de prohibición legal para los aspirantes a las alcaldías populares.

Como elementos probatorios se acompañó copia del acta del escrutinio municipal, efectuado en San Carlos de Guaroa, y del acta de los escrutinios generales practicado por los delegados del Consejo Nacional Electoral para los diversos cuerpos colegiados y alcaldías del Departamento del Meta, documento que contiene lo resuelto en atención a las reclamaciones propuestas a los escrutinios municipales.

Allí dichos delegados dejan constancia del siguiente tenor:

"Los delegados del Consejo Nacional Electoral declaren la elección de concejales municipales, alcaldes, concejales comisariales y concejales intendenciales; en cuanto a la Asamblea del Meta se abstienen de declarar su elección y otorgar credenciales por cuanto la elección de diputados ha sido impugnada y recurrida y se ha concedido la apelación ante el Consejo Nacional Electoral. Los resultados de la votación y personas que con esta declaratoria de elección que aquí se hace, a (sic) quedado consignado en las actas parciales correspondientes de cada municipio, las que por determinación de la ley forman parte de esta acta general..." (fl. 59 fte.).

No obstante, la revisión de ese documento no permite encontrar la específica declaración de elección donde se señalen los nombres de las personas agraciadas con las respectivas investiduras, al punto de no podérselo tener como prueba suficiente del acto declaratorio de la elección acusada.

También el actor pidió la práctica de numerosas pruebas, de entre las cuales el tribunal *a quo* rechazó buena parte por improcedentes o mal solicitadas, decretando solamente algunos testimonios de los muchos requeridos, inspección judicial a la Delegación Departamental del Estado Civil en Villavicencio, constancias sobre los cargos desempeñados por el señor Edison Botero, como inspector de "Rincón de Pajure", lo mismo que del demandado como personero de San Carlos de Guaroa y las actas del Tribunal de Garantías del Meta, para constatar las denuncias sobre participación y parcialidad política de altos funcionarios de ese ente territorial durante el proceso electoral.

II. El señor Carlos Eduardo Díaz Jarb, mediante apoderado, rechazó el *petitum* y alegó ineptitud formal del libelo demandatorio, por acumulación de pretensiones que no siguen la misma cuerda. Sostuvo, al efecto, que el proceso de nulidad electoral tiene su trámite propio, diferente al de restablecimiento del derecho —acción que se sigue por la vía ordinaria procesal administrativa —que sería la vía a utilizar para obtener el pago de mensualidades debidas.

III. La sentencia de primera instancia.

Previo concepto del respectivo colaborador del Ministerio Público, en el que se sugirió denegar la petición incoada, por cuanto en el proceso no se probaron las irregularidades de que se acusa a la elección, y porque es legal que se vote mediante formulario especial cuando se dan errores de computación en la elaboración del respectivo censo, el tribunal de primera instancia admitió la existencia de la excepción de indebida acumulación de pretensiones, en la forma planteada en la contestación de la demanda, sosteniendo que:

"Sin acudir a necias lucrubraciones, (sic) sábese que el trámite procesal de las dos acciones, la contencioso electoral y la de restablecimiento del derecho, tiene sustanciales diferencias; baste decir, que la contención electoral es especial y el restablecimiento del derecho es ordinaria, consecuencialmente su desarrollo no podrá hacerse o seguirse bajo una misma cuerda ni se puede llegar a una misma sentencia; de ocurrir ésto, inevitablemente se incurrirá en fáctica violación y vulneración de derecho de las partes trabadas en la litis, el factor términos, los elementos objetivos y subjetivos, ciertamente son discordantes, que apuntan a finalidades diferentes, atendiendo por ellas los derechos que se busca se restablezcan o reconozcan".

"En este orden, predícase que, la acumulación de pretensiones que la demandante incorporó a la demanda, no sólo es antitécnico (sic) sino que al excluirse una de otra y hacer injurídico su trámite bajo una misma cuerda, el resultado final será obviamente el de la prosperidad de la excepción causa de la indebida acumulación de pretensiones...".

"Conclúyese pues, que la Sala optará por reconocer y decretar la prosperidad de la excepción de inepta demanda...".

Consideraciones:

En primer lugar, es bueno advertir que el término para interponer la apelación en los procesos electorales, o de ejecutoria como se expresa en la constancia secretarial de folio 250 vuelto, es de dos días a partir del momento en que queda surtida la notificación y no de tres, todo conforme al mandato del artículo 250 del C. C. A.

De otra parte, el auto admisorio de la demanda fue notificada al demandado por disposición del magistrado sustanciador, con lo que se incurrió en clara violación de lo dispuesto en el artículo 233 del C. C. A., referente al procedimiento de notificación de ese proveimiento en la acción pública de nulidad electoral. Como bien puede verse de la norma citada, sólo es notificable el demandado, personalmente, cuando se controvierte la nulidad de un nombramiento, mas no cuando se trata de elección, sea ella unipersonal o pluripersonal, como que en ambos eventos la notificación se debe efectuar por medio de edicto conforme lo ordena el ordinal primero de la norma. Son varios los pronunciamientos en ese sentido emitidos por esta Sección Quinta constituyendo, por tanto, jurisprudencia aplicable.

Tercera y fundamental observación es la que atañe a la obligación que incumbe al actor, en procesos electorales, de satisfacer no sólo la previsión del artículo 139 del C. C. A., sino, y muy especialmente, la del artículo 229 de la misma codificación, que a la letra dice:

"Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos".

Este texto, por su precisión y claridad, no admite interpretación distinta de la que surge literalmente de su contexto, o sea, que a la demanda en la acción pública electoral debe siempre allegarse "...el acto por medio del cual la elección se declara...". Dicho acto es el pronunciamiento administrativo de los delegados del Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se atribuye a los ciudadanos la investidura alcanzada a través del proceso electoral, cuya reglamentación legal se halla en el artículo 184 del código de la materia, aplicable a este caso toda vez que los aspectos cuestionados de la elección ocurrieron en los comicios de 1988, cuando aún no se había promulgado la Ley 62 de ese año, que defirió a las comisiones escrutadoras municipales la declaración de elección de concejales y alcaldes. Así, pues, a la demanda debió acompañarse el acto administrativo, en copia legal, por medio del cual se declaró la elección de alcalde del municipio de San Carlos de Guaroa, como elemento esencial para la tramitación del proceso.

Pero, como se dijo anteriormente, las dos actas de escrutinios aportadas, la de la Comisión Escrutadora Municipal, y la de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, no contienen la declaración mediante la cual se atribuye a los candidatos triunfantes la investidura respectiva. Solamente se hace una declaración genérica, sin especificar persona alguna, lo que no satisface las exigencias de los artículos 139 y 229 del C. C. A., conforme a los cuales se debió acompañar a la demanda la copia del acto declaratorio de la elección del alcalde de San Carlos, con señalamiento concreto de la persona elegida, entre otras cosas porque siendo las elecciones populares de alcaldes el acto destinado a elegirlos, por mera lógica es de entender que se debe determinar quién ha sido el agraciado con la investidura disputada. Por lo demás, ¿cómo podría la jurisdicción de lo contencioso anular una elección, si no se aporta la prueba de quien ha sido elegido?

El demandante no aportó ese acto, como era su deber, con lo que a la demanda faltó un elemento ... ...

No habiéndose establecido la ausencia del mismo antes de admitírsela forzosamente da lugar, ahora, a un fallo inhibitorio por ausencia del presupuesto jurídico de la demanda en forma, presupuesto procesal que la doctrina y la jurisprudencia unánimemente reconocen como indispensable para la válida conformación del proceso. Ello releva, por tanto, de consideraciones de fondo sobre la materia cuestionada, y aún acerca del fenómeno procesal reconocido por el *a quo* en la sentencia recurrida, sin duda no configurado del modo como allí se estimó, habida cuenta que no cabe la menor hesitación respecto

de la naturaleza de la acción incoada, sin duda la de nulidad electoral, así debiera el fallador rechazar por improcedentes las peticiones del actor atinentes a la condenación en costas y al pago de las mesadas causadas del sueldo del alcalde, aspecto sin duda accesorio del pedimento fundamental, centrado en la pretendida nulidad de un acto electoral.

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

Falla:

Revócase la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Meta en el presente proceso y, en su lugar, declárase inhibido para dictar sentencia de fondo por falta del presupuesto procesal de la demanda en forma.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión verificada en la fecha.

Jorge Penen Deltieure, Presidente de la Sala; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACUMULACION DE PRETENSIONES / DEMANDA ELECTORAL - Interpretación / PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL

Los actos de elección de diputados y concejales son totalmente independientes entre sí, pues los hechos sobre los cuales se fundamentan las pretensiones son diferentes porque violan normas electorales distintas, siendo, además, distinta la competencia para decidir sobre la validez de uno y otro.
Para evitar denegación de justicia y por razón del principio de la economía procesal, el juez interpretará la demanda para verificar la posibilidad de proferir fallo de mérito.

DIPUTADO - Inhabilidad / EMPLEADO PUBLICO / RAMA LEGISLATIVA / EMPLEADOS / PARTICIPACION EN POLITICA / ANALOGIA - Improcedencia

Si bien es cierto que los empleados administrativos de la Rama Legislativa del Poder Público tienen el carácter de "empleados públicos", no es menos cierto que para ellos no existe prohibición concreta de intervenir en actividades políticas partidistas, como sí la hay para funcionarios de las Ramas Ejecutiva y Jurisdiccional, y el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conductas penales y disciplinarias es de interpretación restrictiva, no siendo posible para esos efectos la aplicación por analogía de preceptiva legal distinta.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., dieciocho de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente número 0322. Actores: Hugo Escobar Sierra y Juan Guillermo Gómez Rodríguez.

Procede la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a resolver el recurso de apelación propuesto por los demandantes y por la representante legal del demandado, contra la sentencia por medio de la cual, el 13 de marzo del año

en curso, el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad de la elección del señor Ricardo Alarcón Guzmán como concejal de los Municipios de Purificación y Prado, y denegó la nulidad del acto que declaró al mismo ciudadano elegido diputado a la Asamblea del Tolima.

La demanda:

Los ciudadanos Hugo Escobar Sierra y Guillermo Gómez Rodríguez demandaron "en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 84" del Código Contencioso Administrativo, la declaratoria de "... nulidad de las actas de escrutinios general y la parcial de la Circunscripción Electoral del Tolima, de fecha 23 de marzo de 1988 correspondientes a las elecciones de 13 de marzo del año en curso, en cuanto declararon la elección del señor Ricardo Alarcón Guzmán como diputado a la Asamblea del Departamento del Tolima, concejal del Municipio de Purificación y concejal del Municipio de Prado, respectivamente, y que así mismo le sean canceladas las credenciales que le fueron otorgadas para el desempeño de dichos cargos, en razón a que se halla inhabilitado para su ejercicio, considerando que ostenta la categoría de empleado público del orden nacional, y desde antes de la elección".

Estimaron los demandantes que fueron violados el artículo 4º del Decreto 2241 de 1986, que desarrolla y complementa la Constitución Política en sus artículos 62 y 108; el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968.

Entienden que el señor Ricardo Alarcón Guzmán se encontraba inhabilitado para ser elegido concejal el 13 de marzo de 1988, porque de acuerdo con el artículo 83 del Código de Régimen Municipal dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección tenía en carácter de empleado oficial en el desempeño del cargo de Secretario de la Comisión Tercera Constitucional, cargo desempeñado ininterrumpidamente "...durante el año de 1987 y hasta la fecha". Carecía, en consecuencia, de la capacidad para ser elegido (art. 4º, Decreto 2241 de 1986). Siendo empleado al servicio del Congreso de la República lo era "de la Rama Legislativa", de acuerdo con lo estatuido en el artículo 1º de la Ley 28 de 1983, y como tal no podía desarrollar actividades partidarias por así prohibirlo el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968.

De otra parte, siendo "...las asignaciones de los diputados y de empleados del Congreso de la República" cubiertas con dineros provenientes del Tesoro Nacional, se presentó la incompatibilidad que se desprende de lo dispuesto por la Constitución Política en su artículo 64.

Respecto de la calidad de empleado oficial de quienes prestan servicio al Congreso de la República, citan concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha mayo 1º de 1984.

Aportaron algunas pruebas y pidieron se dispusiera la suspensión provisional "...de las actas general y parcial de escrutinios de la circunscripción electoral del Tolima correspondientes a las elecciones de 13 de marzo del presente año en cuanto declararon electo al señor Ricardo Alarcón Guzmán Diputado a la Asamblea y Concejal..." conforme a lo dispuesto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Contestación de la demanda:

Por intermedio de apoderada el señor Ricardo Alarcón Guzmán pide se desestimen "...todas y cada una de las pretensiones de la acción con los siguientes fundamentos:

"I. .....

"II. .....

"III. *REFERENCIA A LOS FUNDAMENTOS DE DERE (sic) DE LAS PRETENSIONES Y EL CONCEPTO DE VIOLACION CONSIGNADO EN LA DEMANDA:*

"La invocación que hace el demandante sobre las normas de derecho —para la acción de nulidad— son correctas; con excepción del artículo 90 del Decreto 1333 de 1986. Parte, en sus consideraciones, de una referencia al *principio de capacidad electoral,* consagrado hoy en el nuevo Código Electoral —(Decreto 2241 de 1986)— que en el numeral 4º del artículo 1º establece:

"'*Principio de la capacidad electoral.* Todo ciudadano puede elegir y ser elegido, mientras no exista norma expresa que limite su derecho. En consecuencia las causales de nulidad e incompatibilidad son de interpretación restringida'.

"Es evidente que este principio desarrolla armónicamente el artículo 62 de la Constitución Nacional, que en su parte primera dice: 'La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones...'.

"Sobre estas reglas descansa la esencia de nuestro sistema democrático y representativo y el ejercicio de los derechos políticos del ciudadano, dentro del marco del ordenamiento jurídico vigente. Quiere ello decir, tal como lo expresan las normas precitadas, que sólo una disposición de derecho positivo puede regular las limitaciones de los ciudadanos para ser elegidos; y que únicamente tal disposición puede determinar las causales de nulidad de una elección, bien sea por inhabilidades o incompatibilidades de un

determinado candidato. Las previsiones constitucionales, por su explicitud, cierran toda posibilidad a que por la vía de la jurisprudencia, o por la ignominiosa aplicación analógica de normas diferentes que tanto gusta al honorable senador Hugo Escobar Sierra, se pueda deducir un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades no previsto en la ley.

"Agrega el demandante atendiendo a lo anterior el Decreto 1333 de 1986 —en su artículo 83— establece:

"'...Tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los dos años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo municipio, *o dentro de los seis meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales*...'.

"La prohibición contenida en la última parte de este artículo es muy clara y no deja duda alguna sobre la circunstancia de que —*quien desempeñándose como empleado oficial dentro de los seis meses anteriores*— sea elegido, tiene viciado de nulidad el acto de su elección. Pero resulta que la prohibición está consagrada *UNICAMENTE*, para quienes ostentan el carácter de *empleados oficiales*. Se hace hincapié sobre las siguientes particularidades:

"El doctor *Ricardo Alarcón Guzmán*, Secretario General de la Comisión Tercera de la honorable Cámara de Representantes, es empleado de la Rama Legislativa del Poder Público, servidor del Estado, *PERO NO OSTENTA LA CALIDAD DE EMPLEADO OFICIAL*, en los términos a los cuales se refiere el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, como más adelante se podrá demostrar. *En consecuencia, no ha violado él la prescripción contenida en dicho artículo.*

"Cita el demandante, como norma violada por el doctor Alarcón Guzmán, el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968, que prescribe la prohibición a los empleados oficiales de intervenir en actividades partidarias. Pero esta disposición tampoco ha sido violada por el demandado, por cuanto no le es aplicable a su caso particular. No fue expedida para los ciudadanos que prestan sus servicios a la Rama Legislativa del Poder Público. También se demostrará más adelante.

"En cuanto a la norma consagrada en el artículo 64 de la Constitución Nacional que reza: 'Nadie podrá percibir más de una asignación del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinan las leyes...', deberá procurarse ante todo encontrar en este proceso, si el doctor Alarcón Guzmán, por el solo hecho de haber sido elegido

como diputado, infringió el artículo 64 de la Constitución Nacional, puesto que en materia electoral no es posible fallar a partir de un supuesto o de un presupuesto jurídico incierto.

"Finalmente utiliza el demandante, en forma acomodaticia, el texto del artículo 1º de la Ley 28 de 1983, para atreverse a afirmar que el demandado ostenta la calidad de empleado oficial: 'Todas las personas naturales que presten sus servicios al Congreso de la República se denominarán empleados de la Rama Legislativa del Poder Público'. Oculta, pues, de manera deliberada, en su discurso, las materias que regula la ley, sus propósitos, sus objetivos y la obligatoriedad de su aplicación.

"Para referirse a la elección del doctor Alarcón Guzmán, como diputado, afirma el doctor Escobar Sierra que aun cuando no existe un régimen expreso consagrado en la ley, relacionado con inhabilidades e incompatibilidades para ser elegido como diputado, el Consejo de Estado sí lo ha hallado por la vía jurisprudencial. Olvida el honorable senador demandante que sí existe ese régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en normas de derecho positivo; y que el intento de fabricar uno especial por el (sic) senda de la jurisprudencia no es ortodoxo. Ni más faltaba, por su similitud con la analogía que no tiene cabida en el derecho público".

La sentencia recurrida:

La sentencia impugnada mediante el recurso de apelación es en cuanto a sus *"consideraciones"*, del siguiente tenor:

"Es principio legal del Código Electoral Decreto 2241 de 1986 numeral 4º artículo 1º el llamado de la capacidad electoral (sic), mediante el cual se señala perentoriamente que 'las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida'.

"Este principio guarda un estrecho entendimiento armónico con la Carta Política que en su canon 62 señala:

" '*Artículo 62.* La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución...'.

"Los artículos 185 y 108 de la Constitución Nacional en su órden (sic) consagran:

"'*Artículo 185*. .....

"'Le (sic) ley fijará las fechas de las sesiones ordinarias y el régimen de incompatibilidades de los diputados (art. 55 del Acto legislativo número 1 de 1986) (Decreto 1222 de 1986, 28 a 30).

"'*Artículo 108*. .....

"'...Tampoco podrán ser elegidos miembros del Congreso o diputado, los gobernadores, los alcaldes de capitales de departamento o de ciudades con más de trescientos mil habitantes ni tampoco cualquier otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva'.

"Este canon es transplantado al Decreto 122 de 1986, artículo 46.

"Los artículos 82 y 83 del Decreto extraordinario número 1333 de 1986 señalan en lo pertinente:

"'*Artículo 82*. La ley determinará las calidades e incompatibilidades de los concejales y la época de las sesiones ordinarias de los Concejos (art. 196 inciso 2º de la Constitución Política).

"'*Artículo 83*. .....

"'...Tampoco podrán ser elegido concejales quienes dentro de los dos años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales...'.

"Claramente reseñado en las citas de la Constitución y de la ley, quedan las inhabilidades que para las dignidades de concejal y de diputado deberán regir la decisión de éste (sic) tribunal en el caso planteado.

"Resta dejar en claro que la Ley 28 de 1983 definió la calidad de empleados públicos para las personas naturales que presten sus servicios al Congreso de la República al denominarlos 'empleados de la Rama Legislativa del Poder Público'.

"*De la elección de concejal.* El señor Ricardo Alarcón Guzmán era inelegible como concejal por encontrarse a la fecha de la elección desempeñando cargo de empleado en

el Congreso Nacional, como quedó suficientemente comprobado en el proceso y determinado, *ut supra*, en esta misma providencia.

"De la elección de diputado.

"Finca el actor en el artículo 64 de la Constitución Nacional y en el Decreto extraordinario 2400 de 1968, la razón de la impugnación de este tipo de elección.

"El artículo 64 de la Constitución Nacional establece:

" '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...'.

"Entre las excepciones se encuentran las prescritas por los artículos 1º, 3º y 4º del Decreto-ley 1713 de 1960, 19 del Decreto-ley 1653 de 1977 y 32 del Decreto-ley 1042 de 1978.

"El artículo 10 del Decreto 2400 de 1968 consagra:

" 'Así mismo a los empleados les está prohibido, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho del sufragio, desarrollar actividades partidarias...'.

"Prudente es repasar primero el sentido natural de las palabras inhabilidad e incompatibilidad.

"El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala estas acepciones:

" 'Inhabilidad: Defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo u oficio'.

" 'Incompatibilidad: Impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez'.

"Trasladado este concepto al plano jurídico, ha dicho el Consejo de Estado que se debe afirmar que las inhabilidades son prohibiciones para que alguien sea elegido o nombrado en determinado cargo, por motivos de interés público, y las incompatibilidades, prohibiciones para ejercerlo concurrentemente con otro y otros.

"Tal como sostiene el jurista Enrique Sayagués Laso en su Tratado de Derecho Administrativo (Montevideo, 1963, Tomo I, páginas 299 y ss.) la inhabilidad constituye un obstáculo para ingresar a un cargo público y la incompatibilidad, en cambio, impide el ejercicio simultáneo de un

cargo público con otro cargo público o aún con determinada actividad privada. 'La persona a la cual alcanza la inhabilidad (sostiene el citado tratadista) no puede ser designada y si lo fuera la designación es nula. La incompatibilidad no impide la designación; pero como el ejercicio simultáneo de los cargos o actividades está prohibido, el interesado debe optar por uno u otro'.

"Concepto, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo de Estado, marzo 11 de 1987. Radicación 095.

"Diseñado así el marco teórico es preciso observar que los conceptos de inhabilidad y de incompatibilidad aparecen concretamente en el Código de Régimen Departamental, capítulo II, en los artículos 46 a 53.

"Consagra el inciso primero del artículo 46 causales de inelegibilidad y el artículo 47 casos de incompatibilidad y los artículos 51 y siguientes prohibiciones que al ser contravenidas, están sancionadas por el artículo 53 con nulidad de las actuaciones y las decisiones generadas en esas actuaciones.

"En dichos artículos reseñados, del Decreto extraordinario 1222 de 1986 están comprendidas todas las prohibiciones que constituyen inhabilidades o incompatibilidades respecto de los diputados.

"Procede analizar el artículo 64 de la Carta Política y el Decreto extraordinario 2400 de 1968, como factores de incompatibilidad o inhabilidad, señalados por quien impugna:

"Al señalar el artículo 64 de que *nadie puede recibir más de una asignación*, no está creando una incompatibilidad que incida en un acto de elección o nombramiento; *es un impedimento que se refiere a la percepción de los dos sueldos o asignaciones*. Nada más.

"Al respecto el Consejo de Estado al estudiar el régimen jurídico sobre la incompatibilidad de doble asignación sostuvo:

"Pero la ley no prohíbe designar para un cargo a quien ya esté jubilado o, en general, pensionado, *sino* percibir a manera de un efecto tangible en un guarismo, suma mayor de la permitida; de donde se sigue que, por el aspecto que se comenta no es posible que un acto de elección o nombramiento, en sí mismo considerado, sea violatorio de las normas que regulan la incompatibilidad de que trata, sino que el elegido o el nombrado periódicamente las infrinja al recibir mensualmente, excediendo el límite legal, la pensión

y el sueldo (sublíneas fuera del texto. Sentencia de agosto 27 de 1975. Sala Plena. *Anales* 1975, segundo semestre, tomo 89, pág. 365).

"Luego, debe sostener la Sala que la prohibición del canon constitucional 64 no es constitutivo de factor de inhabilidad o incompetencia que haga nula una elección.

"El artículo 10 del Decreto extraordinario 2400 de 1968, adelante descrito, comprendido en el capítulo II *'De los deberes, derechos y prohibiciones'*, contempla la prohibición para el empleado de desarrollar actividades partidarias, procediendo la norma a distinguir, cuáles se entienden por tales.

"El capítulo II, traza los deberes, señala la incursión en las conductas a las cuales, el capítulo III del mismo estatuto, trata como faltas disciplinarias, con corrección del mismo carácter, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que su acción pueda originar.

"Debe concluir la Sala, que esta prohibición a los empleados de aceptar designaciones en comités de partidos políticos, aunque no se ejerzan las funciones correspondientes, la aceptación de figurar en listas para corporaciones públicas de carácter administrativo, es causal de conducta susceptible de investigar y tratar disciplinariamente y penalmente. En tal sentido se pronunció el honorable Consejo de Estado, concepto de 1º de marzo de 1984, expediente 2038, *Anales* primer semestre 1984, página 39.

"Puntualiza el demandante en la hoja 5 de libelo que con motivo de la elección de diputado, el señor Alarcón Guzmán, 'pretermite el artículo 64 de la Constitución Nacional, por cuanto con motivo de su elección como diputado, deberá percibir una segunda asignación del Tesoro Público'. E igualmente, sostiene:

" 'Finalmente viola el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968'.

"Debe la Sala aclarar a éste (sic) respecto:

"1º Se parte del supuesto que con ocasión de su elección, devengaría doble asignación, el elegido. No está probado que éste haya percibido doble asignación, para que se le diera la situación de desconocimiento al precepto constitucional, consagrado en el artículo 64 y como se señaló anteriormente, su transgresión, no está desarrollada legislativamente como causal de nulidad de la elección de uno de los cargos. Tiene el hecho puntualizado otras repercusiones legales y disciplinarias, diferentes a la misma nulidad.

"Tampoco, se puede afirmar en el proceso que el elegido diputado, desconoció el Decreto 2400 de 1968; no hay autoridad competente disciplinaria que lo haya decidido y aún; presumiéndose que se hubiesen desarrollado acciones esencialmente partidarias, como es el manejo del electorado, ésta (sic) conducta, prohibitiva, como constitutiva de irregular acto del empleado público no tiene igualmente la proyección legal de producir nulidad de una elección.

"Debe concluir la Sala que las normas tildadas como infringidas por el señor Alarcón Guzmán, a través de su elección de diputado, no se hallan establecidas por autoridad competente, ni la incursión en ellas, conllevaría de estar demostradas a motivo legal de nulidad de la elección.

"No hallando la Corporación que las normas tildadas de violación legal a la institución de inhabilidades e incompatibilidades en elección de diputado se dén (sic) en el presente caso, así debe declararlo, procediendo a hacer las declaraciones correspondientes".

Sustentación del recurso:

La procuradora judicial del demandado sustentó el recurso de apelación, que interpuso en cuanto a lo desfavorable, con los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Aduciendo jurisprudencia de la Sección Quinta, contenida en auto pronunciado el 24 de febrero de 1989 en el expediente número 266, con ponencia del consejero doctor Amado Gutiérrez Velásquez, manifestó que "...los actores *no satisficieron* la carga procesal de aportar a su debido tiempo la prueba del monto presupuestal de las entidades territoriales denominadas *Municipio de Purificación y Municipio de Prado*, la demanda es inepta e impide por lo mismo un pronunciamiento de fondo que consistiría, en cuanto toca con la segunda instancia, con miras a desfacer el entuerto, en determinar 1º La revocación de los puntos 1º, 2º, 3º y 4º de la sentencia impugnada. 2º El proferimiento de decisión inhibitoria, por ineptitud no solamente formal sino sustantiva de la demanda".

Afirma la apoderada del demandado, que el *a quo* "...acertó en el examen y decisión jurídicos relacionados con la absoluta inexistencia de inhabilidades del doctor Alarcón Guzmán para ser elegido diputado a la Asamblea Departamental del Tolima". Manifiesta que erró el tribunal "...en la parte relativa a las supuestas inhabilidades del doctor Alarcón para desempeñarse válidamente como concejal principal de Purificación y Prado". Sostiene que dicha Corporación no interpretó correctamente la Ley 28 de 1983, "...lo que hizo en realidad de verdad —y así lo pregonan los antecedentes legislativos constitui-

dos (sic) por la exposición de motivos y las ponencias para los diversos debates— fue *sustraer* a los empleados del Congreso de la República de la condición de "empleados públicos" que, de contera, jamás han tenido (Nótese el texto literal del artículo 1º del Decreto-ley 2400 de 1968: "El presente decreto regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la *Rama Ejecutiva* del poder público").

De ahí que siendo ilógico el planteamiento, la conclusión tenía necesariamente que correr igual suerte". Distingue la recurrente entre empleados públicos "...por definición expresa..., como los que pertenecen a la Rama Ejecutiva del Poder Público, los del Poder Judicial y los de la Procuraduría General de la Nación", para concluir que no son empleados públicos los de la Rama Legislativa del Poder Público. Que en el expediente hay prueba suficiente, como los antecedentes y la exposición de motivos de la Ley 28 de 1983 y un concepto del Jefe de la Oficina Jurídica de la Cámara de Representantes sobre la materia. Termina por insistir "...en la revocación de los primeros cuatro (4) numerales de la sentencia parcialmente cuestionada, y en la confirmación de los demás".

Por su parte, el doctor Hugo Escobar Sierra en su calidad de demandante sustentó el recurso de apelación que interpuso "...*sólo* en cuanto en la motivación y en la parte resolutiva se niegan algunas de las peticiones de la demanda", invocando apartes de la providencia de 16 de diciembre de 1988, por medio de la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado confirmó, en este mismo proceso, el auto del Tribunal Administrativo del Tolima que denegó "la suspensión provisional de la elección del diputado Ricardo Alarcón Guzmán" y decretó la suspensión provisional de la elección del mismo ciudadano "como concejal principal de los Municipios de Purificación y Prado,...".

Manifiesta que en tal providencia se aceptó que el señor Ricardo Alarcón es empleado oficial de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Nacional, por lo que estaba inhabilitado para desempeñarse como concejal. Sostiene el recurrente, que de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución Nacional los empleados del Organo Legislativo o Rama Legislativa del Poder Público son empleados públicos. Y que en tal sentido se pronunciaron la Corte Suprema de Justicia en fallo de 23 de marzo de 1973, y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto emitido el 1º de marzo de 1984 con ponencia del consejero doctor Jaime Paredes Tamayo, que transcribe. Señala que la Fiscalía Quinta del Tribunal Administrativo del Tolima conceptuó dentro del proceso compartiendo las "pretensiones legales" del demandante. Para insistir en la calidad de empleados públicos de los empleados del Congreso de la República, trae a colación la división de poderes, el artículo 14 de la Ley 52 de 1978, los artículos 1º, 4º y 6º de la Ley 28 de 1983, el artículo 62 de la Constitución Política, los artículos 4º y 10 del Decreto 2400 de 1968. Afirma que los empleados de la Rama Legislativa no pueden intervenir

en política, por lo cual, de hacerlo, incurren en las sanciones de que trata el artículo 158 del Código Penal. Finaliza pidiendo la confirmación de la sentencia "...en cuanto decretó la nulidad del acto o actos que declararon electo al señor Ricardo Alarcón Guzmán como concejal principal de los Municipios de Purificación y Prado respectivamente, y que se modifique para decretar la nulidad del acto por el cual se declaró electo diputado a la Asamblea del Tolima..." al mismo ciudadano.

Opinión del Ministerio Público:

El señor Fiscal Séptimo estima que la Sala debe inhibirse, como debió hacerlo la Corporación de primera instancia, porque la demanda acumuló indebidamente pretensiones, con desconocimiento manifiesto de lo dispuesto en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por virtud de la remisión que autoriza el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo. Pone de presente que se demandan dos actos electorales diferentes con "...su propia individualidad y características concretas" y que las pretensiones "...se excluyen entre sí y no se han propuesto —ni podían proponerse— principal y subsidiaria". Por lo que hace a la competencia advierte que el Consejo lo es para conocer del recurso en cuanto la sentencia decide sobre la validez del acto de elección de diputado, no en cuanto a la decisión del acto o actos que declararon elegido concejal de los Municipios de Purificación y Prado al señor Ricardo Alarcón Guzmán "...pues no aparece certificación de la autoridad correspondiente en las (sic) que se señale el monto del presupuesto, que a su vez determinaría si el proceso tiene una o dos instancias, circunstancia que también impide determinar el procedimiento a seguir".

Anota que las pretensiones no provienen de la misma causa, "pues al demandar la nulidad de la elección del concejal el señor Alarcón Guzmán, el actor invocó como disposiciones violadas los artículos 4º del C. E. y 83 del Decreto 1222 de 1986, en tanto que para fundamentar su petición de nulidad de elección del mismo ciudadano, como diputado a la Asamblea invocó los artículos 10 del Decreto 2400 de 1968 y 64 de la Constitución Nacional", ni tampoco "...versan sobre el mismo objeto, pues, por una parte, se solicita la anulación de la elección de concejal del señor Ricardo Alarcón Guzmán en los Municipios de Prado y Purificación, y de otra se pretende la anulación de la elección recaida en el mismo ciudadano, pero esta vez como diputado a la Asamblea Departamental del Tolima".

Respecto "...a la relación de dependencia entre una y otra pretensión y a las pruebas de las que deban servirse...", transcribe aparte del concepto por él emitido en el proceso electoral E-0238, del siguiente tenor:

> "...y en relación con la dependencia entre una y otra, tenemos que si los dos actos demandados, como ya se vio

son diferentes, no puede existir la subordinación o conexidad que les daría la relación de dependencia que exige el artículo 82 citado. En este orden de ideas, mal podrían servirse de las mismas pruebas dos pretensiones que buscan objetivos diferentes, máxime cuando en una de ellas se omitió mencionar las normas supuestamente violadas, lo que hace imposible determinar si las medidas probatorias utilizadas para una sirven igualmente a la otra porque se ignora que fue lo que pretendió probar el accionante".

Finalmente, manifiesta:

"Pero si la Sala electoral (sic) juzgara procedente entrar a estudiar el recurso de apelación, este despacho se permite considerar al respecto:

"En relación con la elección del señor Ricardo Alarcón Guzmán como concejal de los Municipios de Prado y Purificación, basta anotar que la Sala no tiene la posibilidad de entrar a conocer el recurso de apelación, pues como se había dicho antes la prueba necesaria para establecer la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia, consiste en la certificación que acredita el monto de los respectivos presupuestos municipales, no fue aportada al proceso.

En cuanto atañe a la elección del señor Ricardo Alarcón Guzmán como diputado a la Asamblea Departamental, este despacho encuentra acertado el análisis hecho por el *a quo* en relación con las disposiciones que el actor consideró transgredidas con la mencionada elección, y las que en realidad tienen que ver con el régimen de inhabilidades de los diputados, y que no fueron invocadas por los actores en la demanda. Sin embargo, no sobra anotar que el señor Alarcón Guzmán como empleado dle (sic) Congreso de la República labora en la Rama Legislativa, y el Decreto 2400 de 1968, cuyo artículo 10 cita el actor como una de las disposiciones violadas, no es aplicable al caso *sub judice*, pues la preceptiva contenida en el decreto mencionado, está dirigida al personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

"Por lo anteriormente expuesto, en concepto de este despacho, el proveído apelado debe ser confirmado, caso que no se acoja el principal, pedimento fiscal de revocado y, en su lugar, proferir fallo inhibitorio".

Consideraciones de la Sala:

Respecto de la ineptitud de la demanda cuando el actor acumula pretensiones con desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 82

del Código de Procedimiento Civil, jurisprudencia reiterada por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado enseña que para evitar denegación de justicia, de una parte, y por razón del principio de la economía procesal, de otra, el juez interpretará la demanda para verificar la posibilidad de proferir fallo de mérito. Igualmente, en tratándose de la competencia, la asumirá para decidir en el fondo cuando es competente para conocer de alguna de las pretensiones acumuladas.

En sentencia de 15 de junio de 1983, sobre ponencia del consejero doctor Ignacio Reyes Posada, expediente 3024, dijo sobre este tópico, el Consejo de Estado:

> "De acuerdo con la doctrina de la Corte, es incuestionable que si al momento de proferir sentencia el fallador se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente pretensiones que a primera vista son opuestas entre sí, ante todo debe aplicar las normas de interpretación racional de la demanda para saber cuál fue la intención del actor, debiendo preferir el sentido en que una petición pueda producir algún efecto a aquél en que no sea capaz de producir ninguno, y sólo en el caso en que la interpretación no sea positiva y subsista la ineptitud de la demanda, debe dictar resolución inhibitoria. De igual modo, cuando observe que no es competente para fallar sobre alguna de las pretensiones acumuladas, no debe inhibirse de conocer de todas sino solamente de aquéllas para la cual (sic) no está investido de competencia y por ende, debe decidir acerca del mérito de las restantes...".

Además, es conveniente advertir que ya esta Sección Quinta del Consejo reiteró en varias oportunidades esta misma doctrina. Se recuerda al respecto la sentencia proferida el 31 de agosto del año en curso, en el expediente número 324, con ponencia del consejero doctor Euclides Londoño Cardona.

Significa ésto, que por sobre aspectos de procedimiento puramente formales, propios de un rigorismo jurídico innecesario, prima la función constitucional de administrar justicia, indeclinable como manifestación de la soberanía nacional.

En el caso *sub judice,* como lo pone de presente la representante legal del demandado y lo reitera el Agente del Ministerio Público, en una misma demanda se acumularon indebidamente peticiones de nulidad de actos que declararon elegido concejal de los Municipios de Purificación y Prado al señor Ricardo Alarcón Guzmán con la de aquel que lo declaró elegido diputado a la Asamblea del Tolima. Ciertamente, se trata de actos administrativos de carácter electoral totalmente independientes entre sí, los hechos sobre los cuales se fundamentan las pretensiones son diferentes porque violan normas electorales dis-

tintas siendo, de otra parte, distinta la competencia para decidir sobre la validez de actos declaratorios de la elección de diputados y concejales. Para los primeros, es siempre competente el Consejo de Estado en segunda instancia; en cambio, para el caso de los actos que declaran elegidos concejales, la segunda instancia depende de la cuantía del respectivo presupuesto cuando el municipio no sea capital de departamento. No otra cosa se desprende del contenido de los artículos 131, numeral 3 y 132, numeral 4 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien: Del estudio del expediente que contiene el proceso en el cual se produjo la sentencia que hoy revisa la Sala para desatar el recurso de apelación, propuesto parcialmente por demandante y demandado, se desprende que a pesar de no ser tales entes capital de departamento, no fue demostrada para efectos de la competencia la cuantía de sus respectivos presupuestos. Y aunque en la demanda (fls. 29 y 30) se afirma acompañar "certificación del valor del presupuesto del Municipio de Purificación (Tolima) para la presente vigencia fiscal, expedida por el contralor municipal", lo cierto es que tal documento no forma parte del expediente. Tampoco obra prueba alguna de la cuantía del presupuesto del Municipio de Prado. Este hecho, puesto de presente por la apoderada del demandado y por el señor colaborador Fiscal en esta segunda instancia, agregado a la circunstancia de que los mencionados municipios no son capital de departamento, hace que no sea posible un pronunciamiento de fondo por la Sala porque, como líneas atrás se dijo, la competencia del Consejo para conocer en segunda instancia de procesos por demandas de nulidad de actos electorales del orden municipal, está sujeta a la cuantía del presupuesto si el municipio no es capital de departamento.

Sobre la materia, esta Sección Quinta del Consejo de Estado, en auto de 24 de febrero de 1989, expediente E-0266, sobre ponencia del consejero doctor Amado Gutiérrez Velásquez, expuso el siguiente criterio:

> "Como quiera que los artículos 131, ordinal 3º y 132 ordinal 4º determinan, en concordancia, el número de instancias a que quedan sometidos ante las Corporaciones Judiciales Administrativas los procesos de nulidad en que se controvierten actos electorales del orden municipal, para decir, que si se trata de cabecera municipal que no es capital de departamento y con presupuesto inferior a cincuenta millones de pesos, el proceso será de única instancia, en tanto que tendrá segundo grado de jurisdicción cuando se trata de capital de departamento o de municipio con presupuesto anual superior a cincuenta millones de pesos, la certificación sobre el monto de presupuesto anual del respectivo municipio es esencial para determinar el número de instancias del proceso. Lógicamente, se trata de requisito que debe ser conocido por las partes desde el comienzo mismo de la actua-

ción, como que define si se puede o no apelar ante el Consejo de Estado de las decisiones que profiera el tribunal del conocimiento, en las que legalmente esté autorizado este recurso.

"Sobre este punto tuvo oportunidad de pronunciarse la Sección en el expediente número 164 (actora la señora Marina Peñaloza de Saumeth), siendo consejero ponente el doctor Jorge Penen Deltieure. Allí se dijo:

"'Acreditar, en consecuencia, el monto del presupuesto del respectivo municipio es un requisito *sine qua non* para poder determinar el procedimiento que ha de seguirse ante el tribunal, bien sea el que corresponde a una única instancia o el que se refiere a la primera.

"'El medio idóneo para ello es la certificación de la oficina encargada del manejo del presupuesto de los municipios. Y el certificado debe acompañarse a la demanda, pues al momento de calificarla para su admisibilidad el magistrado podrá establecer, de una manera cierta, cuál ha de ser la vía procesal señalada por la ley. Es necesario agregar, que no es correcto admitir demandas en las cuales no se individualiza el acto que de acuerdo con la técnica jurídico-procesal debe ser objeto de impugnación' (Lo subrayado es de la providencia).

"La certificación presupuestal constituye, entonces, como ya se consignó, requisito sustancial de la demanda, no porque acredite la cuantía del *petitum*, sino para determinar, *ab initio*, si el proceso ante el tribunal es de única o de primera instancia.

"Huelga decir que la acción pública electoral no tiene cuantía, pues lo pretendido es el restablecimiento impersonal del orden jurídico, así resulte algún beneficio de orden concreto en favor de determinada persona.

"La prueba del presupuesto municipal debe ser aportada con la demanda, o dentro del término que fije el magistrado sustanciador para que se la corrija allegando ese anexo. En otras palabras, debe acompañarse al libelo demandatorio, por cuanto el auto admisorio de éste debe proferirse sobre la base del pleno conocimiento de instancia a que accede el asunto.

"Pero se dirá que la competencia funcional puede determinarse durante la tramitación o incluso en segunda instancia, toda vez que el procedimiento es igual tenga o no segunda instancia la actuación, con lo cual bastaría que el

actor aporte en cualquier tiempo de la causa la comprobación dicha. Sin embargo, mal podría admitirse ese planteamiento, si en cuenta se tiene que durante la secuela procesal existen autos que admiten apelación cuando el trámite ante el tribunal es de primera instancia, como el inadmisorio de la demanda. De ahí que tal aspecto debe estar plenamente establecido, a fin de que la acción de desenvuelva sin tropiezos y desde el principio las partes y el juez sepan el grado de impugnación a que están sometidas las providencias que se dicten en el curso de la relación procesal".

Del criterio expresado por el Consejo, según transcripción que acaba de hacerse, se colige con toda claridad que la prueba necesaria para acreditar el monto del presupuesto municipal para efectos de determinar la competencia en casos de demandas de nulidad de actos electorales municipales, debe acompañarse con la demanda.

En el caso *sub judice,* se insiste, tal prueba no se allegó con la demanda. Tampoco aparecen incorporados los documentos mencionados al folio 146 del *"cuaderno de copias"* que forma parte de este expediente, a los que se refiere el demandante en escrito presentado el 8 de noviembre de 1988, sobre pruebas. Pero aunque hubieran sido presentadas tales pruebas en la fecha anotada, serían extemporáneas para efectos de la determinación inicial del procedimiento a seguir, determinante de las instancias.

Cuando se pretende la nulidad de acto electoral del orden municipal y no se acompañe a la demanda la certificación que acredite el monto del presupuesto del municipio correspondiente, ésta se devolverá para que se subsane la omisión puesto que, se repite, es necesario orientar desde un comienzo el procedimiento adecuado para cada instancia. En este sentido debió proceder el *a quo.* Pero en la situación procesal actual a esta Sala no le queda alternativa distinta a la de declararse inhibida para decidir de fondo respecto de la determinación que adoptó el Tribunal Administrativo del Tolima sobre la validez de los actos demandados, que son los que declararon elegido concejal de los Municipios de Purificación y Prado al señor Ricardo Alarcón Guzmán.

Por lo que hace a la decisión adoptada por el *a quo* sobre la validez del acto que declaró elegido diputado a la Asamblea del Tolima al mismo ciudadano, la Sala encuentra que sí es competente para pronunciarse al desatar el recurso de apelación. Y debe la Sala pronunciar sentencia de mérito al respecto, de acuerdo con la competencia consagrada en el artículo 132, numeral 4º, del Código Contencioso Administrativo, y las razones consignadas en la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ya comentada en esta misma providencia.

Se demandó la nulidad del acto que declaró elegido diputado a la Asamblea del Tolima al ciudadano Ricardo Alarcón Guzmán, sobre la base de que con su elección fueron violados los artículos 62, 64 y 108 de la Constitución Política, 4º del Decreto 2241 de 1986, número 10 del Decreto 2400 de 1968 y 83 del Decreto 1333 de 1986.

Ciertamente, el artículo 4º del Código Electoral se refiere a la vocación ciudadana para elegir y ser elegido dentro de los límites constitucionales y legales. De ahí que esta disposición se refiera al denominado "Principio de la Capacidad Electoral". Con tal norma el legislador desarrolló y reglamentó los artículos 62 y 108 de la Carta Fundamental. En la sentencia que se revisa, el Tribunal Administrativo del Tolima advierte cómo no pueden confundirse las nociones de inhabilidad y de incompatibilidad, porque los principios que las fundamentan y sus consecuencias son del todo diferentes. Mientras la inhabilidad imposibilita para la obtención y ejercicio de un cargo la incompatibilidad se refiere al impedimento, constitucional o legal, para ejercitar determinadas actividades mientras se ocupa y desempeña un cargo. El citado artículo 108 de la Carta consagra inhabilidades para ser elegido miembro del Congreso o diputado cuando se desempeñan ciertos cargos o hasta un año después de haber cesado funciones, y el artículo 68 *ibídem* se refiere a incompatibilidad de funciones durante el desempeño de cargos. Igualmente, el artículo 46 del Código de Régimen Departamental establece las mismas inhabilidades del artículo 108 de la Carta.

El artículo 64 de la Constitución establece incompatibilidad para recibir simultáneamente asignaciones que provengan de la Nación, los departamentos, los municipios o de instituciones en que tenga parte principal el Estado. Y el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968 prohíbe a funcionarios y empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público ciertas actividades partidistas, sin perjuicio del ejercicio del sufragio. Todo indica que esta prohibición es desarrollo de la facultad reglamentaria de que trata el artículo 62 de la Constitución Política y consecuencia lógica de la prohibición que en el mismo sentido consagró el plebiscito de diciembre de 1957 en su artículo 5º, inciso segundo, en concordancia con el artículo 6º *ibídem*.

El fallador de la primera instancia acertó cuando puso de manifiesto que la incompatibilidad para recibir al mismo tiempo dos asignaciones provenientes del Tesoro Público, consagrada en el artículo 64 de la Constitución, y la prohibición de desarrollar actividades políticas partidistas, de que trata el artículo 10 del Decreto 2400 de 1968, no constituyen inhabilidad para ser elegido por la vía del sufragio popular. Y es cierto, también, que las conductas consistentes en percibir simultáneamente dos o más asignaciones del erario público e intervenir en actividades políticas partidistas, pueden dar lugar a la iniciación de acciones legales tendientes a sancionar al contraventor,

cuestión esta que nada tiene que ver, se repite, con la capacidad electoral de que trata el artículo 4º del Decreto 2241 de 1986 para elegir y ser elegido.

Y si bien es cierto que siguiendo criterio expuesto en varias oportunidades por el Consejo de Estado, reiterado en concepto expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 1º de marzo de 1984, sobre ponencia del consejero doctor Jaime Paredes Tamayo, criterio no modificado hasta la fecha, que los empleados administrativos de la Rama Legislativa del Poder Público tienen el carácter de "emplados públicos", no es menos cierto que para ellos no existe prohibición concreta de intervenir en actividades políticas partidistas, como sí la hay para funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional en el artículo 178 de la Constitución y decretos reglamentarios, y para los de la Rama Ejecutiva en el precitado artículo 10 del Decreto 2400 de 1968. Y como el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conductas penales y disciplinarias es de interpretación restrictiva, no siendo posible para esos efectos la aplicación por analogía de preceptiva legal distinta, es forzoso concluir que al señor Ricardo Alarcón Guzmán no se le puede declarar inhabilitado para la elección de concejal o diputado, sobre las bases invocadas por los demandantes.

En cuanto a su calidad de empleado público en el Congreso de la República, cabe afirmar que el cargo de Secretario de la Comisión Tercera Permanente de la Cámara de Representantes, que ostentaba para la fecha en que fue elegido edil y diputado, no es de aquellos que al tenor del artículo 46 del Decreto 1222 de 1986 inhabilitan para ser elegido miembro del Congreso o diputado, pues no conlleva tal cargo burocrático el ejercicio de jurisdicción o autoridad civil, política o militar.

Por consiguiente, habrá de confirmarse la decisión del *a quo* sobre este punto.

Por las razones anteriores y no encontrando motivo alguno que invalide la actuación, la Sección Quinta 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:

Primero: Abstiénese de decidir sobre los puntos primero, segundo, tercero y cuarto de la parte resolutiva del fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima en este proceso el ocho (8) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), que deciden sobre la validez de los actos que declararon elegido concejal de los Municipios de Purificación y Prado al señor Ricardo Alarcón Guzmán y decretan la cancelación de las correspondientes credenciales.

Segundo: Confírmase el punto quinto de la sentencia consultada, en cuanto deniega la nulidad del acto por el cual se declaró la elección del señor Ricardo Alarcón Guzmán como diputado a la Asamblea del Tolima.

Tercero: Confírmase el punto sexto de la sentencia recurrida en cuanto levanta la medida de suspensión provisional respecto del acto que declaró elegido diputado a la Asamblea del Tolima al señor Ricardo Alarcón Guzmán.

Cuarto: Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Jorge Penen Deltieure, Presidente de la Sala; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Elección / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA

En el caso de la elección popular de alcaldes municipales, la ley es terminante en radicar en la jurisdicción contenciosa administrativa la competencia para conocer de las demandas que se promuevan contra los actos administrativos, por los cuales se hagan esos escrutinios y la consiguiente declaratoria de elección, competencia que la tiene, en primera instancia, el respectivo tribunal administrativo y en segunda el Consejo de Estado.

PERSONERIA ADJETIVA

La ley procesal de manera alguna exige como requisito del poder que se precise en su texto o contenido la acción judicial; tampoco que se indique en el poder expresamente a la parte que va a ser demandada, a diferencia de lo que acontece con la demanda. La falta de precisión sobre el nombre de la persona que debe ser vinculado al proceso como parte demandada, no puede conducir a desestimar la acción y sus pretensiones.

ACCION ELECTORAL / ESCRUTINO - Modificación

Habrá casos en que no basta la pretensión de declaratoria de nulidad del acto que hace la declaratoria de elección, sino que es menester impetrar del juez administrativo la orden de que se rectifiquen o modifiquen los escrutinios efectuados en la vía administrativa por los jurados o por las corporaciones escrutadoras, y se determine, si como consecuencia de ello, hay alteración del resultado electoral, caso en el cual se deben expedir por el mismo juez la correspondiente o correspondientes credenciales a los que resulten elegidos, existiendo, entonces, una perfecta congruencia entre las peticiones de nulidad y las de rectificación o modificación de los escrutinios.

PROCESO ELECTORAL / PRUEBAS - Término

En el proceso electoral se dan particulares situaciones, como quiera que el demandante puede pedir pruebas en el libelo

inicial de demanda como también durante el término de fijación en lista, según las voces del artículo 233 del C. C. A. Esta norma especial no trae la limitante del artículo 207 referida al procedimiento ordinario, de que en esa precisa oportunidad sólo los demandados y los intervinientes soliciten pruebas, y antes bien, por no establecer distingo alguno, puesto que de manera general señala que durante el término de fijación en lista podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas, tiene que entenderse que una y otra parte contendientes pueden efectuar actos de postulación probatoria; lo que en resumen significa que para esos fines resultará común tanto para el demandante como para el demandado.

DICTAMEN PERICIAL

La ley no dice, por parte alguna, que el dictamen pericial debe versar sobre personas o cosas, solamente y no sobre documentos. La ley dice que el dictamen es para verificar hechos que interesen al proceso, y es indubitable que esos hechos pueden constar o hacerse constar en documentos que bien pueden verificarse por los peritos para establecer si tales hechos realmente acontecieron o se dieron.

ALCALDE - Inhabilidades / SOCIEDAD - Socio

Una cosa es que el aspirante-elegido y sus familiares sean socios de la sociedad o persona moral que contrata con el Estado, y otra, muy diferente, que la socia de la sociedad contratista del Estado sea otra persona jurídica, pues hasta allá, por lo menos ahora, no puede llegar la inhabilidad o incompatibilidad predicadas.

PURGA DE ILEGALIDAD / (CAMBIO JURISPRUDENCIAL)

La Sala considera que debe abandonar la teoría de la purga de ilegalidad expuesta en fallos anteriores, entre otras razones porque si esta concepción jurisprudencial pudiera considerarse como una especie de convalidación de un acto administrativo, en este caso de carácter electoral, viciado, irregular o simplemente ilegal, ella no es procedente sino cuando se trata de un acto general, y no respecto de los actos individuales o de los actos-condición que son de contenido individual, como el de carácter electoral, para la persona colocada dentro de un status jurídico: Funcionario público, senador, representante, diputado, concejal, etc., ya que las situaciones jurídicas concretas sólo pueden definirse de acuerdo con las normas vigentes al momento de la expedición del acto respectivo, y no conforme a disposiciones de ulterior expedición.

CONGRESISTAS - Facultades / APODERADO

Los senadores y representantes, a pesar de su investidura, pueden ser apoderados o defensores en los procesos que se sigan ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público, incluido el contencioso administrativo, siempre y cuando su gestión judicial no sea en procesos que afecten intereses fiscales o económicos de la Nación, los departamentos, etc., procesos que hacen relación a los que se ventilan ante la Rama Jurisdiccional, y no a las actuaciones administrativas y vía gubernativa que se surten ante los órganos de la Rama Ejecutiva del Poder Público o de otro ente.

NULIDAD ELECTORAL / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD / SISTEMA DEL CUOCIENTE ELECTORAL

No toda irregularidad que se observe o se dé en la etapa de escrutinio y declaratoria de elección, conlleva la sanción de nulidad del acto administrativo electoral en donde la última se haga, bastando para ello invocar la antigua causal 4ª del artículo 233 del C. C. A. —hoy modificada por el art. 17 de la Ley 62 de 1988 que ya no habla de "sistema electoral" sino de "sistema del cuociente electoral"— en concordancia con el artículo o artículos que establecen lo que se debe hacer por los jurados o corporaciones escrutadoras.

NULIDAD ELECTORAL / ESCRUTINIO / RECLAMACION ELECTORAL

La causal de reclamación y de nulidad —hoy tan sólo de reclamación— que se impetra tiene como razón de ser la de evitar que el recuento y registro de votos se haga de manera subrepticia y que, por el contrario, realizándose el recuento de los votos y extendiéndose el registro de que contenga el resultado en el mismo sitio en que la mesa funcionó, o donde deba funcionar, por mandato legal, la corporación escrutadora, ello se efectúa a la vista del público en forma tal que todos puedan observar las operaciones realizadas por el jurado o corporación.

PRUEBA DE OFICIO / AUTO PARA MEJOR PROVEER

El auto para mejor proveer no puede servir para suplir la falta de actividad procesal de una o varias partes dentro de las oportunidades procesales, sino precisamente, como lo expresa la norma, para aclarar lo dubitativo, lo oscuro.

NULIDAD - Improcedencia

Las simples irregularidades o errores in procedendo *no constitutivos de causal de nulidad, y aún los que lo son, se sanean cuando a pesar del vicio procesal el acto cumplió su finalidad, en este caso la búsqueda de la verdad real y no se violó el derecho de defensa.*

DEMANDA - Requisitos / PRUEBAS

La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer, no es un requisito fundamental o indispensable de toda demanda, ni contenciosa ni civil, pero en especial de la contenciosa administrativa; en lo contencioso y en especial tratándose de una acción diferente como la que ocupa la atención de la Corporación (electoral), por tratarse, por lo general, de asuntos de puro derecho, en múltiples ocasiones no es indispensable la práctica, previo decreto judicial, de medios probatorios, pues puede tratarse de una simple CONFRONTACION DE LA NORMA SUPERIOR CON EL ACTO ADMINISTRATIVO, HACIENDO ABSTRACCION DE CUALQUIER medio o elemento de convicción.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veinticinco de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 0323. Recurso de apelación ejercitado contra la sentencia de fecha junio 19 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en relación con la acción electoral promovida contra el acto administrativo electoral que declaró la elección de Jaime Pumarejo Certaín, como alcalde del Municipio de Barranquilla para el período constitucional de 1988 a 1990. Actor: Gustavo Certaín Duncan y otros (acumulados).

Los señores apoderados de los demandantes Gustavo Certaín Duncan, Asociación Nacional de Abogados Litigantes —ANDAL—, Juan Montes Hernández, el demandante Alvaro José Rosales Donado, en su propio nombre, el señor apoderado del demandado Jaime Pumarejo Certaín y el señor agente del Ministerio Público ante el *a quo*, ejercitaron, dentro de la oportunidad otorgada para ello en la ley procesal, recurso de apelación contra la sentencia proferida el día diecinueve (19) de junio del presente año por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que decidió la acción contenciosa electoral promovida contra el Acuerdo número 12 de mayo 17 de 1988 del Consejo Nacional Electoral, en los siguientes términos:

"Falla:

"1º Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el demandado Jaime Pumarejo Certaín en los procesos electorales números 4989, en que es actor Gustavo Certaín Duncan, y 4991, en que es actor Alejandro Orjuela Hernández y la Asociación Nacional de Abogados Litigantes 'ANDAL'.

"2º Se declara la *nulidad parcial* del Acuerdo número 12 de 17 de mayo de 1988, proferido por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto en su artículo 9º declaró elegido Alcalde Mayor del Municipio de Barranquilla para el período de 1º de junio de 1988 al 31 de mayo de 1990 al ciudadano Jaime Pumarejo Certaín y ordenó expedirle la correspondiente credencial.

"3º Decláranse igualmente nulos los registros electorales de las mesas que a continuación se enumeran por ser falsos y los elementos que han servido para su formación, así: Del puesto de votación número 04 de la zona 09, las mesas números: 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11, 12, 15, 17 y 19.

"Del puesto de votación número 04 de la zona 14: Las mesas números 01, 02, 03, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 15, 17 y 19.

"4º Como consecuencia de las nulidades anteriormente decretadas, se ordena la práctica de un nuevo escrutinio de los votos para Alcalde Mayor de Barranquilla para el período legal de 1988 a 1990, en la cual se excluirán los votos emitidos en las mesas de votación relacionadas en el punto 3º de la parte resolutiva de esta sentencia. Para la práctica del mismo, se señala la hora de las 9:00 a.m., del cuarto (4º) día hábil siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia.

"5º Si como resultado del nuevo escrutinio que se practique se modifican los resultados de la elección de Alcalde Mayor del Municipio de Barranquilla, hágase la correspondiente declaratoria de elección y expídase la credencial de rigor.

"6º *Comuníquese* la presente sentencia al señor Registrador Nacional del Estado Civil, a sus Delegados en el Departamento del Atlántico, a los señores Registradores Especiales del Estado Civil de Barranquilla y al señor Gobernador del Departamento del Atlántico.

"7º Se niegan las restantes súplicas de la demanda promovida por Gustavo Certaín Duncan.

"8º Se deniegan las súplicas de las demandas promovidas por Alejandro Orjuela Hernández y la Asociación Nacional de Abogados Litigantes 'ANDAL', Juan Montes Hernández y Alvaro José Rosales Donado.

"9º Por la Secretaría remítase al señor Juez de Instrucción Criminal Radicado (en turno) de esta ciudad las fotocopias a que se hace alusión en el punto VI de la parte motiva de esta sentencia".

I. *El recurso de apelación ejercitado por el señor apoderado del demandado Jaime Pumarejo C. y su fundamento.*

"*El recurso de apelación* que impetró —dijo el apoderado del demandado— va encaminado a que se revoque en todas sus partes la citada sentencia de junio 19 de 1989 y en su lugar se inhiban de decidir en el fondo sobre la acción propuesta por el doctor Gustavo Certaín Duncan por medio de su apoderado doctor Hugo Escobar Sierra, o en subsidio se denieguen todas las súplicas o peticiones de la demanda", por las siguientes consideraciones:

1º *Trámite irregular del proceso,* por cuanto en la demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el día 7 de junio de 1988, por el señor apoderado especial del doctor Gustavo Certaín D., no se manifestó que se acompañaban pruebas, como anexo del escrito, ni se pidió la práctica de las mismas por el demandante, todo lo cual se comprueba con la constancia secretarial correspondiente, no obstante lo cual el señor magistrado conductor del proceso, mediante auto de 4 de agosto de 1988, expidió el "decreto de pruebas" ordenando las que solicitaron los apoderados del demandante, doctores Escobar Sierra y Polo San Miguel, mediante escritos presentados durante el término de fijación del negocio en lista.

Todo lo anterior se hizo con violación de la ley, por cuanto:

a) El artículo 66 del C. de P. C. indica que "en ningún proceso podrá actuar más de un apoderado judicial de una persona", y durante el término de fijación en lista actuaron o intervinieron dos apoderados de la misma persona, de manera indistinta, para solicitar el decreto de pruebas;

b) El artículo 137, numeral 5º, del C. C. A., establece que el demandante en el proceso contencioso administrativo debe solicitar las pruebas que pretenda hacer valer en el correspondiente escrito de demanda, ordenamiento que está en concordancia con el artículo 144, numeral 4º, *ibidem,* que preceptúa que el término de fijación en lista es para que pida pruebas la parte demandada o los impugnadores de la acción, y con el artículo 233-3 del mismo Estatuto contenido en el Capítulo IV del Título XXVI que regula el proceso especial electoral, normas respecto de las cuales el Consejo de Estado se ha pronunciado afirmando: "No podrían interpretarse los artículos 137 y 233 del C. C. A. y el 70-2 de la Ley 96 de 1985 en el sentido de que la parte actora también pueda pedir pruebas en el término de fijación en lista, pues ello conduciría a desvirtuar la razón de ser, término establecido para el demandante que le garantiza a su contraparte el conocimiento oportuno de los medios probatorios que utilizará el actor, para poder

contraprobar" (auto de mayo de 1986 de la Sala Contenciosa Electoral, ponente doctor Joaquín Vanín Tello, expediente E-013, actor: Fabio Fernández Marín, que está en consonancia con lo que la Corte Suprema de Justicia, igualmente, ha expresado sobre el particular, como se puede observar en su sentencia de 14 de septiembre de 1979, ponencia de Humberto Murcia Ballén, y que corresponde a conocidos y arraigados principios generales sobre la prueba judicial, sintetizados en los de "contradicción" e "igualdad de oportunidades".

Por otra parte, agrega el recurrente, el propio Tribunal Administrativo del Atlántico en providencia de 25 de enero de 1989, expedida dentro del mismo proceso, reconoció que las pruebas decretadas habían sido "pedidas inoportunamente por una de las partes", pero consideró que ello constituía una mera irregularidad procesal, que se sanea si no se ejercitan oportunamente los recursos contra el auto respectivo, a lo cual, dice, se referirá posteriormente.

En conclusión: Ninguna de las pruebas pedidas por el actor, decretadas y practicadas por el magistrado sustanciador, podía ser apreciada por el tribunal al dictar sentencia, al tenor de lo preceptuado por el artículo 183 del C. de P. C., aplicable por remisión de los artículos 168 y 267 del C. C. A. al caso que nos ocupa, que dice: "Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código", y como, no obstante lo acontecido y lo dispuesto por la norma transcrita, la decisión judicial recurrida se funda en pruebas irregular e inoportunamente allegadas al proceso, debe concluirse que la sentencia está afectada de ilegalidad o antijuridicidad.

Y por lo que hace relación al argumento de que la "mera irregularidad" en materia de decreto y práctica de pruebas, se sanea si no se ejercitan oportunamente los recursos contra el auto que así lo ordena, debe decirse —observa el recurrente— que el auto que decreta la práctica de pruebas en un proceso electoral, según la ley y la jurisprudencia, carece de recurso alguno, lo que conduce a la conclusión de que subsiste el vicio de invalidez de todas las pruebas pedidas por el demandante y, en consecuencia, no podían ser apreciadas en la sentencia, como lo expresa el tratadista Hernando Devis Echandía.

2º *Invalidez particular de la inspección judicial practicada el día 12 de agosto de 1988, y que sirvió de fundamento a la sentencia.*

No obstante que la inspección judicial dicha está comprendida dentro del concepto general que invalida todas las pruebas solicitadas por el actor, la precitada inspección está afectada de validez, en particular, por lo siguiente:

En la inspección judicial practicada, el señor magistrado sustanciador se limitó a ordenar:

1. Requerir a los señores Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, *o a la autoridad competente o que corresponda,* para que a la mayor brevedad posible hagan llegar los siguientes documentos: a) ...; b) ...

2. Someter a la consideración de los señores peritos, doctores Gerardo José González Llinás y Omar Angel Mejía Amador, para que se sirvieran absolver "los puntos determinados en los literales a), b), c) y d) del numeral 2 del literal q) del escrito de solicitud de pruebas de la parte actoral". A renglón seguido, se le señaló a los peritos el término para rendir el dictamen e inmediatamente concluyó la diligencia.

Las impugnaciones que formulo a la prueba reseñada —dice el recurrente—, son:

En primer término, como se sabe, la inspección judicial consiste en una diligencia procesal que practica el juez para examinar con sus propios sentidos, los hechos, lugares, personas, cosas o documentos sometidos a su verificación, según definiciones de reconocidos tratadistas como Lessona, Florián y Devis Echandía, y como bien puede constatarse al revisar las actas, el señor magistrado no verificó ninguno de los hechos o documentos a que se refiere el apoderado del actor en el literal q) de su memorial de pruebas, sino que se limitó a entregar a los peritos *como cuestionario* los puntos sobre los cuales el actor había expresado que versaría la inspección judicial, y ello a pesar de que el actor es enfático en solicitar la verificación directa por el tribunal. De manera que puede concluirse, sin reparo alguno, que la diligencia practicada el 12 de agosto de 1988, no constituye inspección judicial.

En segundo lugar, deben destacarse los vicios que afectan la solicitud, procedencia y práctica del peritazgo, en concurrencia con las inspecciones judiciales aludidas: El actor precisa los puntos sobre los cuales debe versar la inspección, pero no precisa o determina concretamente las cuestiones sobre las cuales debe versar el peritazgo, como lo exige el artículo 236, numeral 1, del C. de P. C., en concordancia con el numeral 2 *ibídem*; y, por otra parte, "la peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieren *especiales conocimientos científicos, técnicos o aritméticos*" (subrayado fuera de texto), lo que, a *contrario sensu,* indica que no todos los hechos pueden verificarse mediante la prueba judicial, sino únicamente aquellos especiales, y al revisar los puntos señalados por el actor, se observa que se trata de verificar hechos que no requieren de ningún conocimiento especial de orden técnico, científico o artístico, como, por ejemplo, el cotejo de los registros generales de votantes y las listas parciales de sufragantes, y la verificación de si los ciudadanos que votaron tenían derecho a votar en la respectiva mesa, para realizar lo cual no se necesita ser científico, ni técnico, ni artista, etc. Entonces, pese a que los puntos sobre los cuales deberían versar las inspecciones

judiciales no eran susceptibles de ser probadas mediante la peritación, el sustanciador decidió prescindir de la inspección, que era el medio para probarlos, y encargarle la producción de la prueba a unos peritos, con lo cual invalidó los resultados por la improcedencia del peritazgo.

Especial comentario merece el tema de la inspección judicial con dictamen pericial anexo. La doctrina es unánime en conceptuar que cuando ese fenómeno se presenta, existe una doble prueba concurrente con el objeto en el sentido de que los hechos susceptibles de ser percibidos directa y personalmente por el juez, sin necesidad de conocimientos especiales, sean verificados mediante la inspección judicial, mientras que los hechos cuya apreciación requiera conocimientos técnicos, científicos o artísticos sean materia de la peritación. Ambas pruebas conservan su autonomía, su individualidad y no pueden confundirse, como ha ocurrido en este proceso.

En resumen, dice el recurrente, las pruebas aducidas a través de las inspecciones judiciales, con peritaciones anexas, *carecen de valor*, por cuanto:

1. El actor pidió dos pruebas concurrentes, pero la inspección judicial no se practicó sino que llegó a subsumirse en el peritazgo. Luego, la prueba practicada no corresponde a la solicitada y decretada.

2. El peritazgo fue mal solicitado porque el actor no determinó concretamente las cuestiones sobre las cuales debía versar, ni elaboró el respectivo cuestionario, como lo exigen los numerales 1 y 2 del artículo 236 del C. de P. C.

3. El péritazgo no era el medio procedente para probar los hechos sobre los cuales versó.

3º *Graves irregularidades cometidas en la práctica de la inspección judicial de 12 de agosto de 1988, que le quitan eficacia y valor probatorio.*

1. Con las pruebas ordenadas durante la inspección judicial y mediante la providencia de 22 de agosto de 1988, se trataron de subsanar errores de la demanda, lo cual le resta mérito probatorio a aquellas, pues con ello se violentó el derecho de defensa y la igualdad jurídica de las partes. El señor magistrado no tenía facultad legal para decretar pruebas durante el proceso y al hacerlo, le dio un trámite inadecuado a éste.

2. El cuestionario o formulario que fue sometido a consideración de los peritos, en orden a establecer si los ciudadanos que votaron en las respectivas mesas, realmente tenían derecho a sufragar en ellas, los casos concretos de doble o múltiple votación y qué ciudadanos votaron en la respectiva mesa con cédula diferente a la que les fue expedida por la respectiva registraduría, no era de competencia de

ellos sino de la Registraduría Nacional del Estado Civil, según lo establece el inciso 2º del artículo 83 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986), cuestión lógica, por otra parte, ya que es ese el organismo del Estado, encargado de cedular a los ciudadanos, organizar el proceso electoral que culmina con los escrutinios, y es en sus archivos en donde reposan las tarjetas decadactilares y alfabéticas de los ciudadanos.

3. En lo que respecta al dictamen pericial, claramente se puede apreciar que, según el memorial petitorio del actor presentado durante el término de fijación del negocio en lista, los expertos debían contraer su actividad, única y exclusivamente, al examen de los documentos correspondientes a la "zona electoral número 09 y puesto de votación número 04 de la zona electoral número 14". Pero los señores peritos, no obstante que no hubo precisión sobre las mesas y puestos de votación de la zona electoral número 09 a revisar o confrontar, llevaron a cabo sus investigaciones y rindieron sus dictámenes sobre documentos de puestos y mesas de votación no pedidas por el apoderado del actor, y, lo que es aún más grave, rindieron también su experticio sobre mesas y puestos de la zona 08, sin haberse ello solicitado. Todo ello invalida la actuación de los peritos y su dictamen, el cual no tiene ningún mérito probatorio, ni puede ser apreciado.

Por otra parte, en su oportunidad —dice el recurrente— se objetó el dictamen por error grave y se nota que esta objeción no se resuelve en la sentencia, y sin sonrojo se entra a tener como plena prueba al dictar la sentencia.

4. *Ineptitud de la demanda por no indicar las normas violadas y el concepto de la violación, con respecto a los cargos formulados a los registros electorales que fueron declarados nulos.* El tribunal dice que ello sí se realizó en la demanda, lo que es totalmente falso, como se puede apreciar en la página 23 de la demanda. Subsiste, entonces, la causal de ineptitud de la demanda y así debe declararse.

En escrito presentado un día después, o sea, el 22 de junio de 1989, este recurrente al reiterar el recurso de apelación que ejercitara contra la sentencia del *a quo*, aclara que sólo impugna los primeros seis numerales de la sentencia de primera instancia, observa que está pendiente de resolver el recurso de reposición interpuesto en el cuaderno número 27 del expediente, contra la providencia que le negó el recurso de apelación y el subsidiario relativo a la expedición de copias de las piezas procesales correspondientes para ejercitar el de queja, y se refiere, una vez más al dictamen pericial que califica de desacertado y errático, basándose, para ello, en declaración dada a un periódico de la ciudad por uno de los ciudadanos que sufragaron. En escrito posterior se refiere a otros ciudadanos que hacen la misma declaración periodística.

II. *El recurso de apelación ejercitado por el señor apoderado del demandante Juan Montes Hernández y su fundamento.*

Este recurso se ejercita contra el numeral 8º de la sentencia de primera instancia, en cuanto por él se "deniegan las súplicas de las demandas promovidas por Alejandro Orjuela Hernández y la Asociación Nacional de Abogados Litigantes 'Andal', Juan Montes Hernández y Alvaro José Rosales Donado", para que, en su lugar, se declaren todas las nulidades solicitadas.

Se fundamenta el recurso en lo siguiente:

La sentencia del tribunal en que "se nos niegan todas las súplicas de la demanda, tiene un punto básico que es la aplicación de la famosa *'purga de ilegalidad'*, fundamentada en la Ley 62 de 1988, en la cual se hicieron 'desaparecer' algunas causales de nulidad y en particular todas las *causales de reclamación* que estaban erigidas en motivos de nulidades en el artículo 223 del C. C. A....".

Considera el recurrente que la Ley 62 de 1988 no podía aplicarse en este proceso, por cuanto la ley misma, contempla que es a partir de su sanción que entra a regir, razón por la cual no puede dársele efectos retroactivos para aplicarlos a los juicios pendientes en el momento en que entró a regir, como lo ha expresado el propio Consejo de Estado en sentencia de 21 de septiembre de 1945.

Se refiere, por otra parte, a la intervención del senador de la República Hugo Escobar Sierra en el proceso como apoderado del actor, lo cual considera que determina la nulidad de sus actuaciones, y observa que, además, se dejaron de practicar pruebas sin culpa de la parte demandante y otras se practicaron de manera incompleta, por lo cual pide que se decreten en la segunda instancia.

Finalmente, considera que debe darse curso o resolverse la objeción que oportunamente hiciera al experticio rendido por Juan Pablo Arrieta y Arcecio Castro Ahumada, que —según su concepto— es ilícito y está afectado de error grave, y critica que el tribunal se haya abstenido de computar actas de escrutinio correctas con fundamento en la purga de ilegalidad.

III. *El recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Administrativo y su fundamento.*

El señor agente del Ministerio Público ejercita su recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, respecto de lo dispuesto en los siguientes apartes de su parte resolutiva:

"1º Se declaran no probadas las excepciones propuestas ... en los procesos electorales ... y 4991 en que es actor Alejandro Orjuela Hernández y la Asociación Nacional de Abogados Litigantes 'ANDAL'; y

"4º Como consecuencia de las nulidades anteriormente declaradas, se ordena la práctica de un nuevo escrutinio de los votos para Alcalde Mayor de Barranquilla, para el período legal de 1988 a 1990, ...".

Dice este recurrente, que igualmente el recurso se interpone contra la sentencia en cuestión, en cuanto ella no accedió a declarar *la nulidad de todo lo actuado*, a pesar de haberse omitido la notificación de la demanda a la entidad que produjo el acto administrativo demandado, esto es, al Consejo Nacional Electoral.

El fundamento de la apelación, en cuanto hace relación a los numerales 1º y 4º de la sentencia, en lo que él transcribe, es la inhabilidad existente en el ciudadano elegido alcalde del Municipio de Barranquilla, resultante o consistente en *haber celebrado por sí, o por interpuesta persona* —El Heraldo Ltda.—, *contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos administrativos, que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio*, según lo preceptuado en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 49 de 1987, norma quebrantada, según la demanda promovida por el ciudadano Orjuela Hernández y ANDAL.

IV. *El recurso de apelación ejercitado por el señor apoderado del demandante Gustavo Certaín Duncan, y su fundamento.*

El recurso va dirigido contra el numeral 7º de la parte resolutiva de la sentencia, en cuanto "negó las restantes súplicas de la demanda promovida por el ciudadano Gústavo Certaín Duncan", o sea, las peticiones relacionadas con los cargos tercero, cuarto, quinto y último de la demanda, al considerar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, fueron eliminadas las causales de reclamación del artículo 192 del Decreto-ley 2241 de 1986, admitidas simultáneamente como causales de nulidad de los registros electorales o de las actas de escrutinio de los jurados de votación, y, como consecuencia, se ha producido el fenómeno conocido como "purga de ilegalidad", que el Consejo de Estado definió en sentencia de 2 de abril de 1982, ponencia del consejero doctor Jacobo Pérez Escobar, respecto de la cual dice que no sólo es discutida, sino igualmente carente de respaldo en textos expresos de nuestro derecho positivo y fundamentada en razonamientos de lógica apariencia, aunque contrarios a normas universales del derecho, como la que afirma y reitera en diversas disposiciones vigentes, la irretroactividad de la ley.

Partiendo, entonces, de la premisa de que esta Corporación debe rectificar su posición jurisprudencial sobre el fenómeno de la "purga de ilegalidad", se refiere así a los cargos desechados por el *a quo*:

Tercer cargo. El cargo consistente en haber funcionado las mesas de votación números 1 a 33 del puesto de votación 01 de la zona 08 de la Ciudadela 20 de Julio, en lugares distintos a los autorizados legalmente por los funcionarios electorales (numeral 1º del art. 192

del Código Electoral, en concordancia con el art. 233, numeral 6º, del C. C. A.), lo que, según el recurrente, está comprobado fehacientemente con la prueba documental allegada al proceso, a la cual el tribunal no le da valor, prefiriéndose otorgárselo a los testimonios con lo que pretendió demostrarse lo contrario.

Cuarto cargo. Haciéndole honor a la verdad, dice el recurrente, el tribunal tuvo razón en no declarar la prosperidad de este cargo, y, en consecuencia, no insiste en este punto.

Quinto cargo. Se solicitó en la demanda se computaran los votos emitidos en las mesas de votación 4 y 5 del puesto 02 de la zona electoral número 13, con base en el *principio de la eficacia del voto y, además, por haberse dado circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito.* El tribunal, al expresar que la petición de recuento de votos en la vía jurisdiccional es inadmisible, se confundió probablemente porque —dice el recurrente— para una mayor comprensión de la compleja situación allí presentada hicimos un relato minucioso de nuestras alegaciones desde el escrutinio realizado por la Comisión Escrutadora, en los escrutinios generales de la Circunscripción y ante el Consejo Nacional Electoral, en donde se habla del susodicho recuento. Insiste, entonces, en que esta Corporación, en cumplimiento del principio de la "eficacia del voto" y justamente para preservar la autenticidad de los resultados electorales, lo haga prevalecer sobre causal de nulidad contenida en el numeral 3º del artículo 192 del Código Electoral, tomando en cuenta, para efectos del cómputo de los votos, los demás documentos electorales que reflejan la verdad verdadera de las elecciones.

Error aritmético. El Consejo de Estado podrá comprobarlo, revisando celosamente y con máximo escrúpulo las cifras, como lo hice en la demanda —dice el recurrente—, y encontrará, con desconcierto, que el *a quo* haya expresado en el folio 48 de la sentencia recurrida que el demandante no precisó en qué consistió el error aritmético en cada una de las mesas acusadas.

V. *El recurso de apelación interpuesto por el demandante Alvaro José Rosales Donado.*

El recurso de éste dirigido contra el numeral 8º de la parte resolutiva de la sentencia del *a quo*, en cuanto por él se denegaron las pretensiones de su demanda, lo fundamenta en lo siguiente:

1º Contra lo afirmado por el tribunal sobre los cargos formulados contra las mesas de votación 2 a 15, 17 y 21 del puesto 02 de la zona 13, según lo cual "los hechos de violencia sucedieron posteriormente al escrutinio y en manera alguna afectaron éste, respecto de las mesas

examinadas", por lo cual rechaza el cargo, las pruebas aportadas —dice el recurrente— son claras en demostrar que sí hubo actos de violencia y, además, que los jurados de votación dejaron abandonados los pliegos o documentos electorales y no hicieron entrega al respectivo Registrador de la zona 13 de los mismos, que los presidentes de las mesas no entregaron a los claveros los pliegos o documentos electorales, y que, finalmente, personas ajenas a los funcionarios electorales manipularon los documentos electorales, pues éstos fueron dejados abandonados por los jurados de votación.

2º En lo que respecta al cargo contenido en el literal b), el tribunal lo rechaza por cuanto considera que no se demostró la falsedad o apocrifidad de los registros y de los elementos que sirvieron para su formación. Esa apreciación —dice el recurrente— es errada, porque estando plenamente comprobada la violencia que se ejerció sobre los jurados de votación, pesa sobre el acto electoral un grave indicio de violencia o de coacción o de artería, tendiente a burlar en una u otra forma el derecho del sufragio, y tachadas de falsas las actas mismas, se ha demostrado su apocrifidad o falsedad, porque éstas se mantuvieron en manos de particulares, lo cual le resta toda autenticidad.

3º No está de acuerdo con lo decidido por el *a quo* en relación con el cargo formulado en el literal c) con fundamento en la violación del sistema electoral, pues para el recurrente por "sistema electoral" no debe entenderse, como lo hizo el tribunal, el quebrantamiento del "sistema del cuociente electoral", sino todas las normas procedimentales encaminadas a que se refleje la voluntad popular en las urnas, razón por la cual, aspectos como la grave irregularidad de que el momento sagrado de la entrega de los pliegos electorales por parte de los presidentes de los jurados de las mesas de votación impugnadas a los claveros, omitido por la violencia ejercida contra ellos, además de las otras circunstancias que deben ser apreciadas por el juzgador, deben considerarse como constitutivas de la causal 4ª del artículo 223 del C. C. A.

4º Por lo que hace al literal e) del primer cargo, que —según el *a quo*—, no está llamado a prosperar por la aplicación del principio de la "purga de ilegalidad", se aparta del criterio del tribunal sobre ello, por considerar que la ley derogada o que ha dejado de regir por cualquier causa, sigue gobernando los hechos cumplidos cuando ella estaba en vigor, según la concepción jurisprudencial del Consejo de Estado expuesta en sentencia de 21 de septiembre de 1945.

5º En lo que respecta al cuarto cargo que el *a quo* no considera probado, observa que la conclusión es infundada porque en el expediente reposan los formularios E-50, en los cuales la Comisión Escrutadora de la zona dejó constancia con relación a todas y cada una de las mesas de votación impugnadas.

6º Al resolver el "quinto cargo", notamos que el tribunal se está refiriendo es al "cuarto cargo", alegando que no existe la nulidad por el fenómeno de la "purga de ilegalidad", aspecto que no compartimos por lo antes expresado, dice el recurrente. Lo mismo se debe decir en cuanto al "sexto cargo".

7º Es extraño y sin asidero legal alguno "con las pruebas que militan en el proceso cuando se manifiesta por parte del tribunal, que las Actas de Escrutinio que se relacionan con el 'séptimo cargo' fueron escrutadas por las Comisiones y si remiten a lo expresado por el señor Fiscal del tribunal, quien manifiesta que dichas Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación, sí fueron escrutadas por las Comisiones Escrutadoras Auxiliares".

"El tribunal debió verificar lo dicho por el señor Fiscal, ya que no es cierto lo por él afirmado y argüido por el tribunal, para no computar las Actas de Escrutinio de las mesas de votación a que se refiere el 'cargo séptimo' (fl. 118 de la sentencia)".

8º Finalmente, este recurrente, critica la decisión del *a quo* relativa a la nulidad alegada por la intervención del senador Hugo Escobar Sierra en la vía gubernativa electoral, pues considera que siendo el Consejo Nacional Electoral una autoridad administrativa, sus actos son administrativos, y en consecuencia, los senadores en ejercicio, están comprendidos dentro de las causales de incompatibilidad señaladas en la Ley 11 de 1973 y 110 de la C. P.

VI. *El recurso de apelación interpuesto por Alejandro Orjuela Hernández, en nombre propio, y como apoderado de ANDAL, y su fundamento.*

Este recurrente expresa que el objetivo del recurso que ejercita es, en primer término, el de solicitar la confirmación del ordinal 1º de la sentencia recurrida que declaró no probadas las excepciones propuestas y, en segundo lugar, que se revoque el ordinal 8º en cuanto negó las pretensiones de su demanda y las de la promovida por ANDAL, y fundamenta esta última solicitud en la violación ostensible del artículo 29 de la Ley 78 de 1986, ya que considera que está fehacientemente demostrado en el proceso que Jaime Pumarejo C. contrató, a través de interpuesta persona —la sociedad El Heraldo Ltda.—, con diversas entidades públicas, y esos contratos debían ejecutarse o cumplirse en el Municipio de Barranquilla, sin que sean valederos los argumentos expuestos por el *a quo*, lo que, por lo demás, demuestra que no hizo el juicioso y detallado estudio sobre el aspecto jurídico controvertido, como lo expresara con motivo de la expedición de la providencia que decidió sobre la petición de suspensión provisional.

Termina su alegato este recurrente, refiriéndose a reciente decisión de la Sección Tercera de la Sala Contenciosa de esta Corporación,

en donde se llegó a la conclusión de que los contratos oficiales pueden anularse por "aspectos morales", como el relativo a la imposibilidad de que las personas vinculadas a la administración y las que dejen de estar a su servicio, no pueden contratar con ella, ni en forma directa ni a través de "sociedades de las que ellos o sus familiares hacen parte".

VII. *Alegatos en la segunda instancia.* En la segunda instancia surtida ante esta Corporación, el señor apoderado del demandante Gustavo Certaín Duncan presentó su alegato de conclusión, en el cual reiteró todos y cada uno de los planteamientos hechos con motivo de la interposición del recurso de apelación y, en particular, se refirió con más amplitud al error aritmético en que se incurrió, para concluir que, de no haber existido ese error, el gran total habría sido el siguiente:

Votos por Gustavo Certaín Duncan 125.691

Votos por Jaime Pumarejo Certaín 125.582

En escrito separado, presentado en la misma fecha, el mismo apoderado se refiere a los planteamientos hechos por los demandantes Juan Montes Hernández y Alvaro José Rosales Donado, sobre trámite irregular del proceso, inepta demanda, e invalidez de la inspección judicial a que se hizo mención por el apoderado del demandado.

Por su parte, el doctor J. Clímaco Giraldo Gómez, dentro de la misma oportunidad procesal, se expresa así sobre el proceso y el recurso de apelación ejercitado contra la sentencia de primera instancia:

1º *Falta de jurisdicción y competencia.* La jurisdicción contencioso administrativa no tiene competencia para conocer de la acusación de nulidad del acto demandado, por cuanto, por definición que de él hizo el propio Consejo Nacional Electoral, se está en presencia de un acto jurisdiccional que, por ello, sigue manteniendo su presunción de legalidad.

2º *Ilegitimidad de personería adjetiva de la parte demandante.* El poder conferido por Gustavo Certaín D. al doctor Escobar Sierra, es insuficiente para los efectos de la acción y pretensiones procesales contenidos en el libelo de demanda, por cuanto en dicho mandato no se expresa a quién o a quiénes se va a demandar, lo cual era indispensable. Tampoco se expresó en qué clase de modalidad de "acción pública electoral" se va a demandar la nulidad del acuerdo, ni qué parte o partes del mismo.

3º *Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales.* El libelo omitió los fundamentos de derecho de las pretensiones y el concepto de su violación, lo que es indispensable según la ley y la jurisprudencia que invoca.

La demanda, por otra parte, no contiene tampoco "la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer", ordenada por el numeral 5º del artículo 137 del C. C. A.

La demanda, además, no cumplió con el mandato del artículo 138 del C. C. A. sobre individualización del acto acusado, pues, de un lado, no bastaba con indicar los artículos 1º, 3º, 5º, 6º y 9º del acuerdo conteniendo ellos varios actos administrativos y no uno solo, y, de otra parte, dejó de demandarse el artículo u ordinal "noveno", por medio del cual la elección se declara.

Finalmente, el actor no cumplió con el deber de acompañar a la demanda los documentos y pruebas anticipadas que tenía en su poder en el momento de introducirla.

4º *Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.*

4.1. El actor acumuló indebidamente pretensiones al pedir la nulidad del acuerdo y la rectificación de los escrutinios, según lo dispuesto en el artículo 227 del C. C. A.

4.2. Así mismo constituye indebida acumulación de pretensiones el no haber enunciado el actor clara y separadamente las declaraciones que impetra, diferentes de las de simple nulidad del acuerdo, y en cambio sí haber demandado los cómputos o escrutinios intermedios sin individualizar con toda precisión el acto de declaración de elección de Jaime Pumarejo, por ser todo ello contrario a los artículos 138 y 229 del C. C. A.

5. *Errores in procedendo* cometidos en la primera instancia: a) Haber dado curso a la demanda careciendo de los requisitos o formalidades de los artículos 137, 138, 139, 227 y 229 del C. C. A.; b) Intervención simultánea de dos apoderados, especialmente durante el término de fijación en lista; c) Haber decretado pruebas tan sólo solicitadas por el actor en la fijación en lista; d) Haber señalado un término mayor al previsto en la ley para la práctica de las pruebas y haberse prorrogado ilegalmente; e) Haberse decretado una prueba no pedida por el actor; f) Haberse decretado pruebas —la pericial— sobre puntos que no podían establecerse por ese medio, el peticionario no formuló el cuestionario que se le debía someter a los peritos, se ordenó un dictamen sobre documentos, no sobre personas o cosas, y no se ordenó sobre hechos que "requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos"; g) En la diligencia de inspección no se hizo examen alguno ni reconocimiento de documentos "para verificar cotejando los registros generales de votantes y las listas parciales de sufragantes", ni se recibieron documentos sino que se ordenó pedirlos, lo cual es diferente; h) La inspección judicial no se inició simultáneamente con la peritación, sino que ésta apenas fue ordenada

en diligencia para que se iniciara y practicara con posterioridad a la misma; i) En el acta de la diligencia no se especificaron las personas, hechos o cosas examinadas, los resultados de lo percibido por el juez, el dictamen de los peritos, etc.; j) A la providencia que decretó la peritación se le hizo producir efectos, sin haber sido notificada en legal forma; k) Las pruebas solicitadas por los peritos fueron decretadas mediante auto de simple *"cúmplase"*; l) la peritación no se practicó en la secretaría del tribunal, sino que los peritos se desplazaron a Bogotá para ello y se contravinieron normas sobre competencia territorial; ll) El dictamen no es claro, preciso y detallado como lo exige la ley; m) A la parte demandada no se le permitió la contradicción del dictamen en los términos del artículo 238 del C. de P. C. y los mismos peritos se negaron a completar y aclarar su trabajo según petición del demandado, no obstante lo dispuesto por el tribunal; n) No existió el cuestionario formulado a los peritos por el actor; o) Los peritos, para fundamentar su dictamen, acompañan cuatro documentos, pero acontece que ninguno de ellos es auténtico porque son simples fotocopias sin autenticación alguna.

6. *Ilegalidad de la acumulación de los procesos,* porque esa medida era procedente respecto de los procesos 4989, 4998 y 4997, pero no con respecto al proceso 4991, por lo cual se configura la causal de nulidad del numeral 2º del artículo 152 del C. de P. C.

7. *Errores "in judicando".* La sentencia, en cuanto declara la nulidad de los votos emitidos en algunas mesas, carece de motivación válida puesto que se apoya, como fundamento único, en el dictamen pericial atrás glosado, dictamen que el tribunal acoge servilmente sin análisis ni crítica y sin siquiera exponer razonadamente el mérito que le asigna a dicha prueba, como lo ordena la ley, y no tiene en cuenta lo dispuesto en los artículos 163 de la C. P., 304 del C. de P. C. y 170 del C. C. A.

La sentencia, además, es incongruente ya que ninguna consonancia guardan los proveimientos de su parte resolutiva con las pretensiones aducidas en la demanda de Gustavo Certaín D., resultando así un fallo *"extra y ultra petita"*.

Finalmente, observa que no se aplicó en la sentencia el principio de "la eficacia del voto".

Concluye, solicitando la revocatoria de la sentencia apelada y que, en su lugar, se profiera sentencia inhibitoria por falta de los presupuestos procesales para decidir en el fondo de la litis. En subsidio, que se nieguen las pretensiones de la demanda.

VIII. *El concepto del señor agente del Ministerio Público ante esta Corporación.*

El señor Fiscal Octavo del Consejo solicita que se confirme, en todas sus partes, la sentencia de primera instancia dictada en los procesos acumulados, por cuanto:

1º No hay inepta demanda por acumulación indebida de pretensiones en el proceso 4989, porque el actor sí demandó el acto en cuanto declaró la elección, y la nulidad del registro o acta trae como consecuencia la exclusión de los votos anulados del cómputo general, como se solicitó.

2º El actor cumplió con el deber de indicar las normas violadas y el concepto de su violación, si se observa la demanda.

3º Aun cuando no se está de acuerdo con el criterio del tribunal, sobre la doble oportunidad de la parte actora para solicitar el decreto de pruebas, la Fiscalía considera que, sin embargo, las pruebas pedidas por el actor durante la fijación en lista fueron decretadas por el tribunal y dicho proveído está en firme, la parte demandada tuvo oportunidad de intervenir en su práctica y solicitar las que consideró debía hacer valer, cumpliéndose así los principios de la publicidad y contradicción, y por todo ello, debe dársele todo el valor probatorio.

4º Según el dictamen pericial en las mesas del puesto 04 de la zona 09, votaron ciudadanos que no podían hacerlo allí por no figurar su cédula de ciudadanía en la lista de sufragantes. También los expertos pudieron comprobar que los titulares de las cédulas que se indican en el dictamen, aparecen sufragando en mesas diferentes o dos veces en la misma mesa. Todo lo anterior se estableció o comprobó por los peritos, valiéndose de documentos públicos existentes en la Registraduría Nacional del Estado Civil, por lo que le asiste la razón al actor.

5º Según la inspección judicial practicada por el tribunal, no se demostraron las irregularidades en los puestos 1, 2 y 3 de la zona 06, consistentes en doble votación, falsedad en los elementos que sirvieron de formación para las actas de escrutinio de los jurados de votación y en los documentos electorales, registros alterados y falsedad o apocrificidad en las firmas.

6º En relación con las mesas 1 a 22 del puesto 04 de la zona 14, en la inspección judicial se estableció que los titulares de las cédulas que se indican, votaron en mesas que no podían hacerlo por no figurar en las listas de sufragantes, y se comprobó que se sufragó en dos mesas diferentes o dos veces en la misma mesa, por lo cual prospera el cargo.

7º Tampoco está llamado a prosperar el cargo consistente en haber funcionado mesas de votación en lugares o sitios no autorizados legalmente, ya que se estableció que esas mesas funcionaron en lugares autorizados por los funcionarios de la Registraduría encargados de ello, según lo expresado en la diligencia de inspección judicial.

8º El acta de escrutinio de la Comisión Escrutadora Auxiliar de la zona 08 se extendió y firmó en el sitio en donde debía hacerse, o sea, el mismo lugar en donde funcionó la Registraduría Auxiliar de la

zona 08, según lo expresado por el propio Registrador Auxiliar en la inspección judicial practicada por el tribunal.

9º En el proceso 4989 se sostiene que debe ordenarse el cómputo o recuento de los votos de las mesas de votación 4 y 5 del puesto 02 de la zona 13, con el fin de aplicar el principio de la eficacia del voto. La Fiscalía no comparte la tesis expuesta sobre purga de ilegalidad, pero está de acuerdo con el tribunal en el sentido de que la causal invocada no tiene relación con la circunstancia que las actas de escrutinio están firmadas por menos de tres jurados y que la negativa de recuento de votos no está contemplada como causal de nulidad.

10. Tampoco está de acuerdo la Fiscalía con lo sostenido por el tribunal sobre purga de ilegalidad respecto de la causal 11 del artículo 192 del Código Electoral, pero también estima que le asiste toda la razón al considerar que la parte actora no indicó, en forma precisa, en que consistió el error aritmético.

11. Proceso número 4991. Considera que no están llamadas a prosperar las excepciones propuestas por el demandado de inepta demanda y petición de modo indebido, por cuanto el actor sí solicitó la nulidad del acuerdo que hizo la declaratoria de elección, pero que tampoco está llamado a prosperar el cargo de encontrarse el elegido inhabilitado por haber celebrado por interpuesta persona contrato con diversas entidades oficiales, que debía ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, por cuanto la sociedad es una persona distinta de los socios y el elegido estaba alejado de la administración y representación de la sociedad contratista.

12. Proceso 4997. La Fiscalía está de acuerdo con el tribunal en que el Consejo Nacional Electoral y sus funcionarios no hacen parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, y que se trata de una institución *sui géneris* con funciones relativas al ejercicio del sufragio. Y considera que los senadores y representantes no están inhabilitados, conforme al artículo 110 de la Carta, para intervenir en los procesos electorales, pues la organización electoral no tiene que ver con los denominados "negocios administrativos" por el artículo constitucional precitado.

Expresa, por otra parte, su acuerdo con la decisión del *a quo* de considerar que el Consejo Nacional Electoral actuó conforme a la ley al revocar la Resolución 16 de 1988 de los delegados suyos en la Circunscripción del Atlántico, pues es de su competencia decidir los recursos de apelación que se interpongan contra los actos de éstos, tanto en lo que respecta a cuestiones de hecho como de derecho.

Estima la Fiscalía que al no computarse la mesa 10 del puesto 01 de la zona 02, 6 del puesto 01 de la zona 08, 9 del puesto 04 de la zona 09, 8 y 10 del puesto 02 de la zona 14, 18 del puesto 01 de la zona 14, 16 del puesto 04 de la zona 14, 9 del puesto 01 de la zona 15, no se

incurrió en las causales de nulidad invocadas por el demandante, por haberse incurrido en un error aritmético y haberse desconocido el principio de la eficacia del voto, por cuanto el hecho no se ha demostrado, por una parte, y por la otra, el hecho invocado no configura las causales invocadas.

En cuanto hace al hecho de haberse computado las mesas del puesto 02 de la zona 13, indicados en la demanda, careciendo las actas correspondientes de las firmas de los jurados, encuentra que ello fue desvirtuado por la Comisión Escrutadora Auxiliar, según lo que expresó en Resolución 23 de 1988; y, por lo que hace a que tales actas no fueron introducidas al Arca Triclave, la Comisión Escrutadora aseveró que aparecieron las actas correspondientes con más de tres firmas, escrutadas, entregadas e introducidas en el Arca. Lo mismo cabe predicar de las actas correspondientes a las mesas 15 del puesto 01 de la zona 04, 14 del puesto 05 de la zona 09, 15 y 16 del puesto 02 de la zona 15 y 30 del puesto 03 de la zona 15.

No encuentra la alegada violación del sistema electoral colombiano al computar los votos de las zonas 02, 04, 07, 09, 10, 11 y 13 las Comisiones Escrutadoras Auxiliares respectivas, ni los de otras mesas por estar firmadas supuestamente por menos de tres jurados, ya que de ello no existe prueba idónea.

13. Proceso 4998. Considera que tampoco las peticiones formuladas en este proceso están llamadas a prosperar, por cuanto, los hechos violentos expuestos en el libelo tuvieron lugar después del escrutinio, según se deduce del hecho de haber aparecido ejemplares del acta de escrutinio en el Arca Triclave; la falsedad de los registros no se demostró con las pruebas respectivas, no hubo violación del sistema electoral colombiano, el hecho de tener un acta más de tres firmas no es causal de nulidad, el no enviar una copia del acta de escrutinio a la Registraduría municipal, a los delegados departamentales y al Tribunal Administrativo, tampoco constituye causal de nulidad, no se probó alteración sustancial en lo escrito de los registros de las mesas indicadas en la demanda, ni la falsedad de los registros y elementos que sirvieron para su formación en otras mesas de votación, las actas de escrutinio de las Comisiones Escrutadoras Auxiliares de las zonas 04 y 10 fueron extendidas y firmadas en el local en donde ellas funcionan, sí se escrutaron las mesas de votación que se dijo no lo habían sido y, finalmente, no hay prueba de que hubo mesas que funcionaron en sitios no autorizados.

Termina, expresando su desacuerdo, por lo ya expuesto anteriormente, en relación con la pretendida nulidad de las actuaciones adelantadas por el senador Escobar Sierra.

IX. *Las nulidades procesales propuestas.* Conviene observar, antes de proceder a decidir los recursos de apelación ejercitados por las

partes y el señor Fiscal del Tribunal Administrativo, que se propusieron y decidieron oportunamente las siguientes causales de nulidad:

1. En el proceso 4989, el apoderado del demandado propuso la de *falta de competencia* del Tribunal Administrativo para conocer de dicho proceso (numeral 2º del art. 151 del C. de P. C.), por considerar que era esta Corporación, y no el *a quo*, el competente para conocer de la acción enderezada contra el acto administrativo de declaratoria de elección del alcalde de Barranquilla. Se alegaba que no existía norma que radicara la competencia en el tribunal. Este, mediante providencia de 18 de noviembre de 1988, confirmada por auto de 17 de marzo del presente año, ponencia del doctor Penen Deltieure, negó la nulidad propuesta, con apoyo en lo preceptuado en el artículo 29 de la Ley 78 de 1986, que radicó la competencia de estas acciones, en primera instancia, en los tribunales administrativos.

2. En el mismo proceso 4989, el apoderado del demandado propuso la denominada de "trámite inadecuado" (numeral 4º, art. 152 del C. de P. C.), por considerar que el senador Hugo Escobar Sierra no podía intervenir en el proceso como apoderado de la parte demandante. El tribunal en proveído de 14 de diciembre de 1988, confirmado en todas sus partes por esta Corporación en auto de 19 de abril del corriente año, ponencia del señor consejero Londoño Cardona, la negó por considerar que los senadores y representantes, a pesar de su investidura, pueden ser apoderados o defensores en los procesos que se sigan ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público, incluido el contencioso administrativo, siempre y cuando su gestión judicial no sea en procesos que afecten "intereses fiscales o económicos de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías o los municipios, los institutos descentralizados y las empresas de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento de capital", y el proceso electoral no es de aquellos, cuyo resultado, pueda afectar esos intereses. Además, por cuanto la nulidad propuesta —según criterio reiterado de la Corporación— sólo se da cuando se somete un asunto a un procedimiento distinto del que legalmente le corresponde, como cuando a un proceso ordinario se le da el trámite de uno especial o viceversa, o también cuando se le da un trámite de instancia distinto al que le corresponde.

3. En el mismo proceso 4989, el apoderado del demandado propuso las nulidades de "falta de competencia", "trámite inadecuado" y "no notificación legal al demandado", por cuanto, al no reunir la demanda los requisitos de ley, el magistrado sustanciador carecía de competencia para admitirla, la notificación de la demanda al demandado fue dispuesta oficiosamente por el magistrado y no se le entregó copia de la demanda y de sus anexos en el momento de procederse a ello. El tribunal en providencia de 14 de diciembre de 1988, confirmada por esta Sección en auto de abril 19 de 1989, ponente doctor Penen Deltieure, negó las nulidades propuestas, por considerar que si

se anexó por el actor copia de la demanda y de sus documentos para el traslado, éste se efectuó en debida forma y no había el trámite inadecuado alegado.

4. En el mismo proceso 4989, el apoderado del demandado propuso las nulidades de "falta de competencia y trámite inadecuado", con fundamento en el hecho de estar interviniendo en el proceso, de manera simultánea, dos apoderados de la parte actora. El *a quo* en providencia de 19 de diciembre de 1988, confirmada en todas sus partes por esta Sección en auto de marzo 17 del presente año, ponencia del doctor González Rodríguez, negó las nulidades propuestas por considerar que la intervención simultánea de dos apoderados de una misma persona en el proceso, aun cuando pudiera considerarse como irregular, no configura la "falta de competencia", ni la causal de "trámite inadecuado", ni ha desconocido derecho de defensa alguno al demandado.

5. En el mismo proceso 4989, el apoderado del demandado propuso las nulidades de "falta de competencia, trámite inadecuado y omisión de los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas", por cuanto al decretarse las pruebas pedidas por el apoderado del demandante durante la fijación en lista, el magistrado conductor del proceso admitió que, por ese medio, se procediera a la corrección de la demanda. El tribunal en auto de 25 de enero de 1989, confirmado por esta Sección en proveído de abril 12 del mismo año, ponencia del honorable consejero Penen Deltieure, no accedió a decretar las causales de nulidad; consideró que no se había dado ni la falta de competencia, ni el trámite irregular o inadecuado, ni se había omitido ningún término.

6. En el mismo proceso 4989, el señor apoderado del demandado propuso la nulidad de "falta de notificación en legal forma o el emplazamiento de las demás personas que deben ser citadas como parte al proceso", fundado en el hecho de no haberse notificado la demanda al Consejo Nacional Electoral y al Municipio de Barranquilla, el primero como autor del acto acusado, y el segundo por cuanto el elegido es su representante legal. La nulidad no fue decretada por el tribunal en providencia de 7 de febrero de 1989, confirmada por esta Corporación en auto de 24 de abril de 1989, por considerarse que, en los términos de ley, dicha notificación o emplazamiento no está prevista.

7. En el mismo proceso hoy acumulado (expediente 4998), el apoderado del demandado propuso las nulidades de "trámite inadecuado" y de "omisión de los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas", fundado en el hecho de no habérsele decretado algunas pruebas pedidas por él, alegándose falta de claridad y precisión en la solicitud. El tribunal en proveído de febrero 1º de 1989, confirmada por esta Corporación en auto de abril 28 del mismo año, ponencia del señor consejero, doctor Londoño Cardona, negó las nu-

lidades propuestas. Se encontró que no se configuraba ninguna de las causales invocadas.

8. En el proceso 4997, acumulado posteriormente al 4989, el señor apoderado del doctor Juan Montes H., propuso las nulidades de "falta de competencia", "trámite inadecuado" y "omitir los términos y oportunidades para pedir o practicar pruebas", en razón de haberse decretado una prueba solicitada en la demanda de manera incompleta y no haberse pronunciado sobre el "informe técnico" pedido de Medicina Legal. El tribunal en providencia de marzo 1º de 1989, confirmada por esta Corporación en auto de 5 de mayo del mismo año, ponencia del señor consejero, doctor Amado Gutiérrez, por considerarse que la denegación de pruebas —que admite tan solo el recurso de súplica ante los restantes miembros del tribunal, y que se surtió en el proceso— no constituye causal de nulidad procesal, la negó.

9. En el mismo proceso 4997, posteriormente acumulado, el apoderado del mismo doctor Montes Hernández, propuso la nulidad de falta de notificación o emplazamiento en legal forma a las personas que deben ser citadas como parte al proceso, en razón de no haberse notificado personalmente la demanda al Presidente del Consejo Nacional Electoral, entidad que expidió el acto acusado. El tribunal en auto de marzo 1º de 1989, confirmado por esta Sección en providencia de 5 de mayo del mismo año, ponencia del honorable consejero doctor Amado Gutiérrez, por considerar que la ley procesal no dispone la notificación personal al Consejo Nacional Electoral, la negó.

10. En el mismo proceso 4997, posteriormente acumulado, el señor apoderado del doctor Montes Hernández, interpuso recurso de queja ante esta Corporación contra la providencia del *a quo* que negó el recurso de apelación ejercitado contra el auto de 7 de marzo de 1989 que rechazó de plano la nulidad propuesta por aquél. La Sección rechazó el recurso por extemporáneo.

11. En el proceso 4989, el señor apoderado del demandado ejercitó el recurso de queja ante esta Corporación contra la providencia del tribunal de marzo 7 de 1989, que rechazó de plano otra solicitud de nulidad formulada por aquél. Esta Corporación en auto de 18 de mayo de 1989, ponencia del señor consejero Gutiérrez Velásquez, inadmitió por extemporáneo el recurso de queja.

12. Finalmente, el accionante en el proceso 4998, ejercitó recurso de queja ante esta Corporación contra la providencia de marzo 18 de 1989, que negó el otorgamiento de recurso de apelación ejercitado contra el auto de 7 del mismo mes y año, que rechazó *in limine* otra solicitud de nulidad procesal planteada. La Sección en proveído de mayo 18 de 1989, ponencia del señor consejero doctor Londoño Cardona, inadmitió por improcedente el recurso de queja.

Estando ya el proceso en su segunda instancia, el señor apoderado del demandado propuso, por separado, dos incidentes nuevos de nulidad procesal; el uno por la causal de "trámite inadecuado", fundada en la improcedencia de la acumulación de los cuatro procesos contra la misma elección, y el otro, por supuesta pretermisión de una instancia, en su integridad, y trámite inadecuado, en razón de estar conociendo o haber conocido el tribunal de primera instancia de la demanda de nulidad de un acto jurisdiccional, como lo es, según el criterio del peticionario, el acuerdo del Consejo Nacional Electoral que declaró la elección de alcalde de Barranquilla.

Mediante providencias de agosto 10 de 1989, el consejero redactor de la presente ponencia, rechazó de plano los precitados incidentes de nulidad procesal, en ejercicio de los poderes otorgados al juez por el C. de P. C.

No encontrándose, entonces, causal de nulidad que invalide lo actuado, ya que todas las que pudieran existir, según el criterio de las partes, fueron planteadas y decididas en su oportunidad, se procede a resolver, previas las siguientes

Consideraciones:

1. *El recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado Jaime Pumarejo Certaín contra los primeros seis numerales de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.*

a) *La falta de jurisdicción y competencia.* Esta excepción, que aun cuando es considerada por la ley como previa (art. 97 del C. de P. C.), en el proceso contencioso administrativo puede alegarse como motivo de nulidad —lo que se hizo y se decidió—, como excepción de fondo y aún como razón para recurrir (art. 163 del C. C. A.), no se configura, por las siguientes razones:

I. La jurisdicción de lo contencioso administrativo, por mandato constitucional y legal, es la llamada a conocer de las controversias originadas en actos administrativos contrarios a la Constitución, a la ley o a una norma superior de derecho, sean esos actos administrativos expedidos por el Organo Ejecutivo del Poder Público, o por los Organos Legislativo o Jurisdiccional, que también, en determinados eventos, ejercen función administrativa y, en razón de ello, expiden actos administrativos desde el punto de vista material: Actos o manifestaciones de voluntad creadores de situaciones jurídicas individuales, particulares o concretas, y actos-condición.

II. El Consejo Nacional Electoral, que reemplazó a la anteriormente denominada Corte Electoral, sus Delegados, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los Delegados del Registrador Nacional, los Registradores municipales, las comisiones escrutadoras, etc., aun cuan-

do no se pueden colocar y considerar como parte integrante de la Rama Ejecutiva del Poder Público, ni mucho menos de la Legislativa o de la Jurisdiccional, ejercen función administrativa, y en desarrollo de ella expiden actos administrativos sometidos no sólo al procedimiento administrativo, ordinario o especial (art. 1º del C. C. A.), sino al control de constitucionalidad y de legalidad de la jurisdicción ante lo contencioso administrativo, previo el ejercicio de la acción de nulidad, una de cuyas modalidades es la acción contenciosa electoral, o de la acción hoy denominada de restablecimiento del derecho.

III. Uno de esos actos administrativos, comúnmente conocidos como actos-condición, es aquel por medio del cual se realizan unos escrutinios para Presidente de la República, alcaldes y personas llamadas a integrar las corporaciones públicas, se hace la correspondiente declaratoria de elección y se ordena expedir la correspondiente credencial a los que resulten elegidos.

IV. En el caso particular de la elección popular de alcaldes municipales, la ley es terminante en radicar en esta jurisdicción la competencia para conocer de las demandas que se promuevan contra los actos administrativos, por los cuales se hagan esos escrutinios y la consiguiente declaratoria de elección, competencia que la tiene, en primera instancia, el respectivo Tribunal Administrativo, y en segunda esta Corporación, como bien se expresó al decidir alguno de los incidentes de nulidad planteados con fundamento en el mismo hecho.

V. La naturaleza de administrativo de un acto jurídico —o la de jurisdiccional o la de legislativo— no surge —no puede surgir— de una simple afirmación o manifestación, en tal sentido, hecha por la autoridad que lo profiere, en este caso el Consejo Nacional Electoral. Esa naturaleza de acto administrativo, surge de la Constitución y de la ley, así como de la función que ejerza el órgano estatal que lo profiera, y, en modo alguno, de la voluntad o decisión de quien lo expida.

b) *La ilegitimidad de personería adjetiva en la parte demandante.* Se alega por el recurrente que el poder conferido por el demandante Gustavo Certaín D. es insuficiente para los efectos de la acción y pretensiones procesales contenidas en la demanda, por cuanto en él no se expresa a quién o quiénes se debe demandar, y, por otra parte, en qué clase de modalidad de "acción pública electoral" se va a demandar el acuerdo, ni qué parte o partes del mismo.

Esta excepción, que también constituye causal de nulidad procesal, como la misma norma lo expresa (numeral 7º del art. 152 del C. de P. C.), en tratándose de apoderados judiciales sólo "se configurará *por carencia total del poder* para el respectivo proceso" (subrayado fuera de texto), vale decir, cuando el abogado que promueve la demanda no presenta junto con ella el respectivo documento en donde consta el mandato —salvo el caso de la agencia oficiosa—, o aquél no

lleva la correspondiente nota de presentación personal ante autoridad competente, o cuando tratándose de un poder general no se ha constituido por escritura pública, o cuando tratándose de poder especial no se determina claramente el asunto, *de modo que no puedan confundirse con otros* (art. 65 del C. de P. C., subrayado fuera de texto).

Dicho lo anterior, considera la Corporación que el poder conferido por el demandante Gustavo Certaín Duncan al abogado Escobar Sierra, que obra al folio 1 del cuaderno 1 del expediente radicado bajo el número 4989 del tribunal, aun cuando no exprese, como realmente no lo hace, contra quién o quiénes se debe enderezar la demanda, ni qué parte o partes del acuerdo o acto administrativo se debe demandar, sí es idóneo para entablar la acción y formular las correspondientes pretensiones.

En efecto, indicándose en el mismo que se confiere el mandato para, en *ejercicio de la acción pública electoral* —no hay otra diferente—, demandar "la nulidad del Acuerdo número 12 de fecha 17 de mayo de 1988 expedido por el Consejo Nacional Electoral, el cual se notificó en estrados el día 24 del mismo mes de mayo del año en curso", "...en cuanto declaró electo al doctor Jaime Pumarejo Certaín como alcalde de Barranquilla para el período legal de 1º de junio de 1988 al 31 de mayo de 1990 e igualmente para solicitar la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación que funcionaron en la ciudad de Barranquilla el 13 de marzo próximo pasado...", no se ve cómo se pueda sostener válidamente que es insuficiente, cuando el punto a gestionar está tan claramente determinado, que no es posible que pueda confundirse con otro asunto judicial.

La ley procesal, por otra parte, de manera alguna exige como requisito del poder que se precise en su texto o contenido la acción judicial —de nulidad, de restablecimiento de derecho, contractual o de reparación directa— que deberá instaurarse, como, con formalismos excesivos, en algunas ocasiones lo exigen los jueces y lo alegan los litigantes para obtener un triunfo en el proceso, y que va contra el principio consagrado en el artículo 4º del C. de P. C. Tampoco exige la ley procesal que en el poder se indique expresamente a la parte que va a ser demandada —aun cuando es conveniente hacerlo—, a diferencia de lo que acontece con la demanda, respecto de la cual tanto el C. de P. C. como el C. C. A. exigen que debe haber una precisión sobre el nombre de las partes y de sus representantes legales; y, es conveniente, por cuanto ello, indubitablemente, tiene que ver con el requisito establecido en la ley, de que el asunto se determine, de modo que no puedan confundirse con otro u otros. Empero, esa falta de precisión sobre el nombre de la persona que debe ser vinculado al proceso como parte demandada, que se pudiera observar en el poder a que se viene refiriendo la Sección, no puede conducir a desestimar la acción y sus pretensiones, por las siguientes razones: a) Se trata de una acción pública, en donde en realidad de verdad no hay propia-

mente parte demandada —no lo hay tampoco en la acción de inexequibilidad—, aun cuando eventualmente haya persona o personas que puedan resultar afectadas con la sentencia y las que deben ser vinculadas al proceso para garantizarles el derecho de defensa; b) No hay duda en que al demandar el acto de elección del señor Pumarejo C., se está demandando a éste, así no se diga expresamente; y c) Ningún derecho procesal se le ha desconocido al demandado, ni ningún agravio se le ha irrogado con la irregularidad observada a la majestad de la justicia, a la cual interesa la búsqueda de la verdad real. Pero, además en la hoja 23 de la demanda, se dijo quién era la parte demandada.

c) *La ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales.* En cuanto al argumento de que en la demanda se omitió los fundamentos de derecho y el concepto de su violación, no tiene razón el recurrente. Basta con leer con algún detenimiento el escrito que la contiene. Otra cosa es que el demandante no haya elaborado en ella, como algunos profesionales del derecho lo acostumbran, dos capítulos por separado: Uno de "disposiciones violadas" y otro sobre el "concepto de la violación", pero ello no es razón para desestimar la demanda.

Por lo que hace a la censura que formula el recurrente, por no contener la demanda "la petición de pruebas que el demandante pretender hacer valer", debe observarse, de un lado y sin perjuicio de analizar más adelante la forma como ello se hizo, que sí existe en el libelo o memoria el correspondiente capítulo sobre "pruebas". Pero es que, además, para la Sala éste no es un requisito fundamental o indispensable de toda demanda, ni contenciosa ni civil, pero en especial de la contenciosa administrativa; en lo contencioso y en especial tratándose de una acción diferente como la que ocupa la atención de la Corporación, por tratarse, por lo general, de asuntos de puro derecho, en múltiples ocasiones no es indispensable la práctica, previo decreto judicial, de medios probatorios, pues puede tratarse de una simple confrontación de la norma superior con el acto administrativo, haciendo abstracción de cualquier medio o elemento de convicción.

En lo que respecta a la observación de que no se cumplió con el mandato del artículo 138 del C. C. A., individualizando el acto acusado, pues no bastaba con indicar los artículos 1º, 3º, 5º, 6º y *9º, sino que debió demandarse el artículo noveno*, por medio del cual la elección se declara, debe la Sala expresar que esa afirmación es contraria a la realidad procesal. En efecto, en el encabezamiento de su demanda (fl. 46 del cuaderno número del expediente 4989), claramente se demanda, además de los artículos 1º, 3º, 5º y 6º, precisamente el artículo 9º del Acuerdo del Consejo Electoral "en cuanto declaró elegido al doctor Jaime Pumarejo Certaín como Alcalde Mayor de la ciudad de Barranquilla...".

Y finalmente, por lo que hace a la censura de que el actor no cumplió con el deber de acompañar a la demanda los documentos y

pruebas anticipadas que tenía en su poder en el momento de introducirla, es claro que ello no conduce a la ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales. Ello, apenas, tendrá que ver con la oportunidad procesal para pedir el decreto de pruebas, de lo cual se hablará más adelante.

4º *Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.*

4.1. El actor acumuló indebidamente pretensiones al pedir la nulidad del acuerdo y la rectificación de los escrutinios, según lo dispuesto en el artículo 227 del C. C. A.

Dice el artículo 227 del C. C. A. que "podrá cualquier persona ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos de las corporaciones electorales para que se anulen, o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de esas corporaciones electorales por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubieren dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos".

Ciertamente la norma transcrita puede conducir a confusión o equívocos, pues de ella pudiera deducirse que el objeto de la acción contenciosa electoral, es la nulidad del acto por medio del cual se declara una elección —cuando de ello se trata—, o la rectificación de unos escrutinios, o su modificación, o la revocación de las resoluciones de las corporaciones electorales en los eventos previstos en la misma norma. No obstante esa redacción un poco confusa, lo que preceptúa el legislador es que el objetivo de la acción enderezada contra un acto administrativo electoral, es tan solamente obtener la nulidad de dicho acto cuando con ello se logra el restablecimiento del orden jurídico quebrantado con la decisión; o la nulidad del acto de declaratoria de elección y la consiguiente orden de rectificación o modificación de los escrutinios que sirvieron de fundamento a la corporación electoral para hacer la declaratoria de elección, en consideración a que declaró indebidamente alguna nulidad, lo cual condujo a que dejaran de tenerse en cuenta determinados votos emitidos en una o varias mesas, municipios, corregimientos, inspecciones de policía o circunscripciones, o en consideración a que se computaron votos que no podían serlo, o en consideración a que se alteró o cambió el nombre de uno o varios candidatos. En síntesis, habrá casos —lo que es común tratándose de elecciones para Presidente de la República, alcaldes y miembros de corporaciones públicas— en que no basta la pretensión de declaratoria de nulidad del acto que hace la declaratoria de elección, sino que es menester impetrar del juez administrativo

la orden de que se rectifiquen o modifiquen los escrutinios efectuados en la vía administrativa por los jurados o por las corporaciones escrutadoras, y se determine, si como consecuencia de ello, hay alteración del resultado electoral, caso en el cual se deben expedir por el mismo juez la correspondiente o correspondientes credenciales a los que resulten elegidos, existiendo, entonces, una perfecta congruencia entre las peticiones de nulidad y las de rectificación o modificación de los escrutinios, como acontece en el caso que ocupa la atención de la Sala.

Por otra parte, lo de la *revocación* de las resoluciones de las corporaciones electorales en los eventos previstos en el precitado artículo, no puede entenderse en otro sentido que en el de la posibilidad de solicitar en la demanda la anulación de esas resoluciones, pues el juez administrativo —a diferencia del funcionario administrativo que ejerce el control jerárquico sobre los actos de su subalterno— no *revoca* las decisiones administrativas, sino que las declara *nulas*.

Existe, entonces, en la norma referida, una mala redacción legislativa sobre el objeto de la acción electoral, y la utilización de una terminología equivocada sobre lo que debe hacer el juez administrativo en presencia de un acto administrativo que contraviene una norma superior de derecho.

Por ello, el cargo no está llamado a prosperar.

4.2. No hay, por otra parte, la alegada acumulación indebida de pretensiones "por no haber enunciado el actor clara y separadamente las declaraciones que impetra, diferentes de las de simple nulidad del acuerdo, y en cambio sí haber demandado los cómputos o escrutinios intermedios sin individualizar con toda precisión el acto de declaración de elección de Jaime Pumarejo", según los artículos 138 y 229 del C. C. A.

En efecto, ya se vio anteriormente que el actor precisó en la hoja primera de su demanda cuál era el acto administrativo de declaratoria de elección que demandaba (el art. 9º del Acuerdo del Consejo Nacional Electoral); se encuentra además en dicho libelo que solicita que "para los efectos de la petición anterior la de nulidad se entiende —se decrete la nulidad de las actas de escrutinio— debe entenderse, haciendo uso el juez del poder de interpretación de la demanda, más cuando se trata de acción pública, de los votos consignados en esas mesas y cuyo resultado se recoge en las actas, pues éstas por lo general no son nulas en sí mismas..."; igualmente solicito se computen los votos emitidos en los jurados de votación números...", etc.; y, que, como consecuencia de lo anterior "el honorable Tribunal Administrativo ordenará rectificar los escrutinios realizados ... y verificará los correspondientes a la elección...".

En otras palabras que el actor, ante la existencia de dos normas aparentemente contradictorias entre sí, la del artículo 138 del C. C. A. que establece que "cuando se demande la nulidad de un acto se individualizará con toda precisión *pudiéndose indicar también los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa*" (subrayado fuera de texto), que en la última parte constituyó una modificación del anterior estatuto contencioso administrativo, en orden a evitar que, por demandarse o dejarse de demandar, junto con el acto administrativo definitivo, los actos preparatorios o de trámites, o los que pudieran haber desaparecido en el proceso sinalagmático de formación del acto administrativo, o los simplemente confirmados por el acto definitivo, pudiera alegarse y decretarse la excepción de inepta demanda; y, la del artículo 229 del mismo estatuto que preceptúa que "para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios (como los que realizan los jurados de votación, por ejemplo, se observa), aunque el vicio de nulidad afecte a éstos", prefirió, para eventualmente prevenir medios de impugnación por no demandar esos actos, cómputos o escrutinios intermedios, hacerlo, lo cual en sentir de la Sala no puede, en manera alguna, configurar la indebida acumulación de pretensiones. Esta, por lo demás, que ha sido inspirada por el principio de la economía procesal, supone que las pretensiones formuladas por el demandante se excluyan entre sí, y es claro que no lo pueden ser pretensiones conexas, es decir, que tienen relación con el mismo objeto, o sea, la declaratoria de nulidad de la elección efectuada por el acto administrativo definitivo que, por lo general, se apoya en los actos intermedios o de trámite.

No prospera, entonces, el cargo.

5º *Los errores* in procedendo *o trámites irregulares.*

a) *El habérsele dado curso a la demanda:* Ya se vio, anteriormente, que la demanda sí reunía los requisitos de ley, o sea, los prescritos en los artículos 137, 138, 139, 227 y 229, y que, en consecuencia, no hay ilegitimidad de personería adjetiva en el apoderado de la parte demandante, ni falta de demanda en forma, ni indebida acumulación de pretensiones, y mucho menos falta de jurisdicción o de competencia. A ello se remite, en esta oportunidad, la Sala.

b) *Intervención simultánea de dos apoderados del actor, especialmente durante el término de fijación del negocio en lista:* El aspecto quedó dilucidado por la Sala, en providencia de marzo 17 del presente año, ponencia de quien redacta la presente, al considerar que ese procedimiento irregular, no configura la nulidad procesal de "falta de competencia", ni la de "trámite irregular", y que, además, con ello no se desconoció ningún derecho de defensa al demandado. A ello cabe agregar, en esta oportunidad, que esa irregularidad no puede conllevar

a la decisión de revocar la sentencia del *a quo*, por la sencilla razón de que ello no influye, en manera alguna, en la parte motiva y en la resolutiva de la providencia.

c) *Haber el* a quo *decretado pruebas tan solo solicitadas por el actor durante el término de fijación del negocio en lista, durante el cual sólo el demandado y los intervinientes pueden hacerlo.*

Sobre este particular procede, para dilucidarlo y como paso previo, transcribir las dos normas que existen sobre el particular: La contenida en el artículo 207-3 del C. C. A., que hace parte del Título XXIV sobre "Procedimiento Ordinario" contencioso administrativo, y la del artículo 233-3 del mismo estatuto, que está en el Capítulo IV, Título XXVI, sobre "Procesos Electorales".

Dice así el primero de los citados:

Artículo 207. "Recibida la demanda y verificado el reparto, el ponente dispondrá, en el auto que la admita, lo siguiente:

"1. Que se notifique personalmente a los funcionarios señalados y en la forma prevista en los artículos 149 y 150.

"2. .....

"3. Que se fije 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...*" (se subraya).

Por su parte, el artículo 233, expresa:

"El auto admisorio de la demanda deberá disponer:

"1. .....

"2. Que se fije en lista por cinco (5) días una vez cumplido el término de la notificación.

"3. *La prevención de que durante este término podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas*" (se subraya).

Como bien lo han destacado las partes en el proceso, cada una de ellas desde el punto de vista de los intereses que defienden, sobre la oportunidad que la ley procesal señala para pedir las pruebas en el proceso electoral, dos son los criterios que sobre ello ha expresado por vía de jurisprudencia esta Corporación, a saber:

1. El expuesto en auto de mayo de 1986, ponencia del señor consejero Vanín Tello, expediente E-013, actor: Fabio Fernández Marín, en donde se dijo:

"El artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, aplicable a 'toda demanda ante la jurisdicción administrativa' y, por consiguiente, a las electorales, pues respecto de ellas no existe norma especial que señale su contenido, exige al demandante que la suya contenga fuera de otros aspectos, la petición de las pruebas que se pretenda hacer valer.

"La prevención a que alude el artículo 233-3 del código menciona como destinatario a la contraparte y, obviamente no incluye al demandante, pues para éste existe la perentoria exigencia de que su petición de pruebas se haga en la demanda.

"No podrían interpretarse los artículos 137 y 233 del C. C. A. y el 70-2 de la Ley 96 de 1985, en el sentido de que la parte actora también pueda pedir pruebas en el término de fijación en lista, pues ello conduciría a desvirtuar la razón de ser, término establecido para el demandante que le garantiza a su contraparte el conocimiento oportuno de los medios probatorios que utilizará el actor, para poder contraprobar".

2. El expuesto en providencia de 30 de octubre del mismo año de 1986, ponencia del señor consejero Gaspar Caballero Sierra, Sala Electoral, expediente E-013, que fue el acogido por el *a quo* en la sentencia apelada, en donde se dice:

"...El Capítulo IV del Título XXVI del C. C. A. que lleva el epígrafe 'de los procesos electorales' nada prevé sobre los requisitos que en particular haya de contener la demanda, y por tal circunstancia se ha entendido que debe recurrirse a la norma del artículo 137 en cuanto dispone que 'toda demanda ante la jurisdicción administrativa' ha de contener las indicaciones allí referidas. Entre estas se encuentra 'la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer'.

"Dentro del estricto marco del procedimiento ordinario se tiene la previsión de que durante el término de fijación en lista, los demandados y los intervinientes pueden contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas (art. 207-3) por lo que queda claro que en dicho trámite la vocación probatoria del demandado queda circunscrita a esa oportunidad y la del demandante a la demanda misma.

"En todo caso una doble temporabilidad probatoria para el demandante en el proceso electoral no implica que el demandado quede en circunstancias de desfavorabilidad, puesto que lo importante es que éste se encuentre en condiciones de participar en el trámite de la publicidad y contradicción de la prueba, a lo cual no se opone lo primero. De *jure condendo* fuese pertinente una única oportunidad probatoria igual tanto para el demandante como para el demandado. Lamentablemente el legislador no fue cuidadoso en semejante materia. Así se tiene que en todos los procesos contencioso administrativos

pueden proponerse excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos (art. 164 *ibídem*). Ante tal eventualidad, en que el excepcionante se convierte en actor *(reus in excipiendo fit actor)*, es de lógica que la otra parte, al demandante inicial, se le dé la oportunidad de pedir pruebas sobre los hechos en que dichas excepciones se funden. Sin embargo, en el proceso administrativo no se consagra, como en el proceso civil, la posibilidad para el demandante de solicitar pruebas adicionales en el supuesto de excepciones de fondo (art. 399 del C. de P. C.). Se vuelve a repetir que la garantía procesal en materia probatoria no estriba propiamente en que la parte tenga el conocimiento oportuno de los medios probatorios que utilizará el actor, para poder contraprobar, como se dice en el auto recurrido, puesto que la importancia cardinal radica en la posibilidad de que la prueba pase por el tamiz de la publicidad y de la contradicción. No es posible suponer que en el proceso electoral puedan darse pruebas esotéricas que tomen por asalto a la otra parte, sino que serán de recibo los ordinarios, medios de convicción adecuados a la naturaleza misma de la contienda, puesto que no puede olvidarse que son los hechos afirmados en la demanda los que deben probarse, y cuya carga compete al actor. Más bien podría darse una singular incongruencia cuando el demandado excepcionase bajo el fundamento de nuevos hechos, y el demandante no tenga la oportunidad de contraprobarlos como ha quedado dicho".

"...En el proceso electoral se dan particulares situaciones, como quiera que el *demandante puede pedir pruebas en el libelo inicial de demanda como también durante el término de fijación en lista, según las voces del artículo 233* de la obra en cita. *En efecto, esta norma especial no trae la limitante del artículo 207, referida al procedimiento ordinario, de que en esa precisa oportunidad sólo los demandados y los intervinientes soliciten pruebas*, y antes bien por no establecer distingo alguno, puesto que de manera general señala que durante el término de fijación en lista 'podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas', *tiene que entenderse que una y otra parte contendientes pueden efectuar actos de postulación probatoria;* lo que en resumen significa que para esos fines resultará común tanto para el demandante como para el demandado" (se subraya).

Pronunciarse en favor o en contra de una de las dos posiciones jurisprudenciales de esta Corporación, en realidad de verdad no es tarea fácil. En efecto, la primera para llegar a su conclusión parte del supuesto de la aplicación y observancia del artículo 137 del C. C. A., en "toda demanda ante la jurisdicción administrativa", por lo que a prueba respecta, y del respeto a la garantía que tiene el demandado de conocer oportunamente los medios probatorios que utilizará el actor, para poder contraprobar; la segunda, sin dejar de reconocer la probable y lamentable falta de cuidado del legislador extraordinario en semejante materia, ateniéndose al tenor literal de la norma (art.

233-3 del C. C. A.), que no precisa si son sólo los demandados y demás intervinientes los que tienen esa oportunidad, o la tienen todos, demandante, demandados e intervinientes y ministerio público, llega a la conclusión de que el demandante tiene una doble oportunidad para pedir el decreto de pruebas.

Desde luego, que no debe dejarse de observar que la providencia de octubre 30 de 1986 es de la Sala Contenciosa Electoral, está suscrita sin salvamento alguno por sus siete integrantes de entonces —no podía intervenir el consejero que dictó la providencia recurrida en súplica, sea, el doctor Vanín Tello— y, por ella, se revoca la de mayo 6 de 1986 de la Sala Unitaria del doctor Vanín Tello, citada por el apelante para tratar con ello de obtener la infirmación de la sentencia recurrida.

Para la actual Sección de asuntos electorales de esta Corporación al *a quo* no puede hacerse cargo alguno por haber acogido la concepción de la extinguida Sala Contenciosa Electoral, expuesta en providencia de 30 de octubre de 1986, tanto al decretar las pruebas como al apreciar y valorar las practicadas que obran en el proceso, aun cuando cierto sea que no estaba obligado a compartirla, como tampoco lo es para la actual Sección Quinta de asuntos electorales. No obstante, la Sección tiene la obligación de pronunciarse en uno u otro sentido, en este caso, para responder a los planteamientos de las partes y decidir definitivamente la controversia, y a ello procede en los siguientes términos:

La Sección acoge el planteamiento hecho por la extinguida Sala Contenciosa Electoral en providencia de 30 de octubre de 1986, por las siguientes razones:

a) El artículo 233-3 es norma de carácter especial que no trae la limitante del artículo 207, referida al procedimiento ordinario, y es bien sabido que "donde la ley no distingue no es dado al intérprete distinguir";

b) El artículo 233-3 del C. C. A., no sólo por ser norma especial, sino igualmente por ser posterior, según su ubicación en el estatuto procesal, prefiere en su aplicación a la general y anterior; y

c) Al interpretar la ley procesal, el juez debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (art. 4º del C. de P. C.).

A lo anterior, y para el caso *sub examine*, debe agregarse que el demandante sí señaló en el capítulo de "Pruebas" de su demanda, aun cuando de manera general, es decir, sin mucha precisión, de cuáles medios de prueba se iba a valer para fundamentar sus pretensiones, lo que probablemente hizo guiado por la jurisprudencia de la extinguida Sala Contenciosa Electoral, a la cual la Sección se refirió

anteriormente, las pruebas fueron decretadas mediante providencia ejecutoriada que constituye ley del proceso y fueron practicadas con la intervención de las partes y del Ministerio Público, cumpliéndose así con los principios de publicidad y contradicción.

En consecuencia, el cargo no prospera.

d) *Haber señalado un término mayor al previsto por la ley para la práctica de las pruebas y haberse prorrogado ilegalmente.* Realmente el señor magistrado conductor del proceso en la primera instancia, debió haber señalado un término máximo de 20 días para la práctica de las pruebas solicitadas, y no de 30 como lo hizo, aun cuando tenía el poder de conceder un término adicional hasta de 20 días más, según el artículo 234 del C. C. A., cuando hubiere de practicarse pruebas fuera de la sede del tribunal. Si estaba haciendo uso de esa facultad, como parece deducirse, por tener que practicarse pruebas en Bogotá en las oficinas de la Registraduría Nacional del Estado Civil, debió expresarlo así, para no dar lugar a dudas y malos entendidos.

Empero, esa irregularidad —sí la hubo por falta de manifestación expresa del ejercicio de la facultad legal— y el hecho de haberse extendido el término de los 30 días a uno mayor, cosa común en casi todos —por no decir todos— los procesos contencioso administrativos, aún en los electorales en donde los términos son perentorios, por las dificultades en obtener pronta respuesta a las solicitudes de remisión de documentos oficiales que obran en los archivos públicos, no puede servir de fundamento para infirmar una sentencia, ya que las simples irregularidades o errores *in procedendo* no constitutivos de causal de nulidad, y aún los que lo son, se sanean cuando a pesar del vicio procesal el acto cumplió su finalidad, en este caso la búsqueda de la verdad real y no se violó el derecho de defensa. El cargo no prospera.

e) *Haberse decretado una prueba no pedida por el actor:* La del ordinal (sic) 2º del auto de 4 de agosto de 1988. La disconformidad del actor radica en que el actor pidió que se oficiara, para el envío de unos documentos, a los delegados departamentales del Registrador Nacional en Barranquilla, y en la providencia se dispuso que se oficiara a ellos y a los "Registradores Especiales del Estado Civil en Barranquilla".

Para la Sala el cargo tampoco está llamado a prosperar, no sólo por cuanto ello no es argumento suficiente para infirmar la sentencia, sino por cuanto se trataba del mismo medio probatorio, que bien podía obtenerse en una u otra dependencia oficial.

f) *Haberse decretado la prueba pericial sobre puntos que no podían establecerse por ese medio, no haberse formulado el cuestionario por el peticionario, haberse ordenado el dictamen sobre documentos, no sobre personas o cosas, y no haberse ordenado en relación con hechos que "requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos".*

1. La prueba pericial sobre puntos que no podían establecerse por ese medio. La ley procesal señala que la peritación es procedente para verificar *hechos* que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos (art. 233 del C. de P. C.), lo que, a *contrario sensu*, dice el recurrente, indica que son únicamente aquellos hechos especiales.

La disposición precitada no dice expresamente lo anotado por el recurrente (hechos especiales), pues simplemente habla de hechos que interesen al proceso; lo de *especiales* se refiere a los "conocimientos científicos, técnicos o artísticos", y no a los hechos que interesan al proceso, como los que se plantearon en la solicitud del decreto de pruebas formulada por el actor. Por consiguiente, debe concluirse que sí podían verificarse o establecerse, mediante peritación, los hechos enunciados por el peticionario de la prueba.

2. *No se formuló a los peritos el cuestionario por el peticionario.*

Realmente el señor apoderado del actor no precisó sobre qué debía versar la diligencia de inspección judicial —qué personas, lugares, cosas o documentos debía verificar o esclarecer— y sobre qué debía versar el dictamen pericial —la verificación de los hechos que interesaran al proceso—, para así dar cumplimiento a los ordenamientos de los artículos 236-1 y 245 del C. de P. C. Se limitó a pedir que el tribunal, para probar los hechos relatados en la demanda, en su Secretaría, y con peritos, verificara determinados hechos, práctica equívoca en que es usual que incurran muchos profesionales del derecho litigantes, por no tener en cuenta que se trata de medios probatorios diferentes, aun cuando en ocasiones se practican de manera simultánea, y que precisamente por aquello el legislador ha exigido el cuestionario o la precisión de los puntos sobre los cuales ha de versar la diligencia judicial. El tribunal, por su parte, decretó tanto una como la otra prueba, con el mismo objetivo uniforme, sin tener en cuenta que, si ello era así por lo menos en cuanto a la primera de las inspecciones con peritación solicitadas, podía hacer uso de la facultad a él otorgada por el inciso tercero del artículo 244 del C. de P. C.: Negarse a decretar la inspección si se considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, que se ha consagrado en cumplimiento del principio de economía procesal y para evitar el desgaste de jurisdicción o pérdida de tiempo por los jueces.

Pero esa irregularidad en la petición de las pruebas, no observada y ordenada subsanar por el juez, en manera alguna puede conducir a la imposibilidad de apreciación de la prueba por el *a quo*, si se cumplen los demás requisitos de ley, y a servir de fundamento para la revocatoria de la sentencia si hay firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, y los peritos eran competentes para producir el dictamen.

3. *Haberse ordenado el dictamen sobre documentos, no sobre personas o cosas.* No tiene razón el recurrente en su apreciación. La ley no dice, por parte alguna, que el dictamen pericial debe versar sobre personas o cosas, solamente, y no sobre documentos. La ley dice que el dictamen es para verificar hechos que interesen al proceso, y es indubitable que esos hechos pueden constar o hacerse constar en documentos, que bien pueden verificarse por los peritos para establecer si tales hechos realmente acontecieron o se dieron. Por lo demás, como ya se observó, en lugar de la inspección judicial para verificar o esclarecer hechos relacionados con personas, lugares, cosas *o documentos*, el juez tiene el poder de decretar tan sólo el dictamen para la verificación o esclarecimiento de lo mismo (art. 244 del C. de P. C.).

4. *No haberse ordenado en relación con hechos que "requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos"*, pues para verificar o establecer lo pedido por el apoderado del actor no se requería de esos conocimientos especiales, pudiéndolos verificar y establecer el conductor del proceso.

No le asiste la razón al recurrente, por cuanto, de un lado, como se ha dicho la ley le permite al juez escoger la prueba pericial en lugar de la inspección judicial, si a bien lo tiene y en atención a diversas consideraciones, aun cuando la más aconsejable de las dos sea la que conduce a la percepción o verificación directa, y por cuanto, de otro lado, es claro y evidente que determinar, previa verificación y cotejo de los documentos electorales pertinentes, si los ciudadanos que votaron en determinadas mesas de votación tenían o no derecho a votar en ella, discriminando los que no podían hacerlo, los casos de doble o múltiple votación en cada mesa y los que sufragaron con cédula diferente a la que les fue expedida, etc., es cuestión que, si bien puede hacerlo el propio juez del conocimiento, requiere de especiales conocimientos técnico jurídicos, propios de quien ostenta el título de abogado, por lo que es usual en este tipo de controversias que el Consejo de Estado y los tribunales administrativos designen a profesionales del derecho para que colaboren con la justicia en labores de esa naturaleza.

g) *En la diligencia de inspección no se hizo examen alguno ni reconocimiento de documentos, ni se recibieron éstos, sino que se ordenó pedirlos, lo cual es diferente.* Realmente, observando el contenido del acta de la diligencia de inspección judicial (fls. 1 y 1 vto. del cuaderno 24, expediente 4989), técnicamente no se realizó la diligencia, y si pudiera considerarse que se efectuó, lo fue tan solo para determinar —aun cuando así no se dijo expresamente— que para la verificación de los hechos era suficiente el dictamen de los peritos, a quienes ordenó absolver los puntos sobre los cuales versaban los dos medios probatorios. Por consiguiente, le asiste razón al recurrente. Empero, el cargo no prospera por cuanto la sentencia recurrida no se

fundamenta en dicho medio de prueba —la inspección judicial—, ni lo podía hacer por cuanto el acta de la diligencia no recoge en manera alguna los resultados de lo percibido por el juez en relación con las personas, cosas, documentos o hechos examinados, precisamente por no haberse efectuado nada de ello.

Ahora bien, el señor apoderado de la parte demandada bien pudo concurrir a la diligencia para exigir del juez la verificación y examen de los puntos sobre los cuales debía versar, y sin embargo, no asistió a ella; y, en cuanto a que el juez ordenó recibir documentos en la diligencia de inspección, ello está autorizado por la ley procesal (numeral 3 del art. 246 del C. de P. C.).

h) *La inspección judicial no se inició simultáneamente con la peritación, sino que ésta apenas fue ordenada en diligencia para que se iniciara y practicara con posterioridad a la misma.* La Sala no entiende el planteamiento del recurrente. En efecto, la diligencia de inspección judicial se inició con la intervención de los peritos designados y posesionados y en ella, no sólo se les ordenó absolver los puntos determinados por el actor, sino que —como es usual salvo cuando en la misma diligencia los peritos expresan su dictamen— les señaló el término dentro del cual deberían cumplir con el encargo, término que indubitablemente fenecía con posterioridad a la fecha de realización de la diligencia, nada de lo cual puede considerarse como irregular para efectos de la apreciación de la prueba pericial.

i) *En el acta de la diligencia no se especificaron las personas, hechos o cosas examinadas, los resultados de lo percibido por el juez, el dictamen de los peritos, etc.* Ya se ha dicho por la Sala que en realidad la inspección judicial no se realizó, es decir, no se cumplió con su objetivo, pues el juez, probablemente, consideró —aun cuando no lo dijo expresamente— que bastaba con el dictamen pericial que buscaba el mismo objeto. Por lo que hace al dictamen, también se ha dicho que éste puede rendirse en la misma diligencia, o con posterioridad a ella, si es que no se puede rendir en la diligencia y para ello se les señala un término. No prospera tampoco este cargo.

j) *A la providencia que decretó la peritación se le hizo producir efectos, sin haber sido notificada en legal forma.* No le asiste razón al recurrente porque la providencia de agosto 4 de 1988, por la cual se decretaron unas pruebas, entre ellas la inspección judicial con intervención de peritos, y se rechazó *in límine* el decreto de otras, fue notificada por estado el 6 de agosto de 1988 (fl. 97 vto. del cuaderno 1 del expediente 4989), y si el recurrente se refiere al otorgamiento del término o plazo a los peritos para rendir su dictamen, señalado en la diligencia de la supuesta inspección judicial de 12 del mismo mes y año, debe decirse que la ley procesal establece que las providencias que se dicten en el curso de las diligencias, se considerarán notificadas —en estrados, se entiende— el día en que éstas se celebren, aunque no hayan concurrido las partes (art. 325 del C. de P. C.).

k) *Las pruebas solicitadas por los peritos fueron decretadas mediante auto de simple "CUMPLASE".* En realidad de verdad, la providencia de 22 de agosto de 1988 (fl. 99 del cuaderno 2 del expediente 4989) es de cúmplase, y para la Sala no requería de la notificación por "estado", por cuanto no iba dirigida a las partes en el proceso, sino a disponer lo que el juez consideró conducente "para facilitar a los peritos el cumplimiento de su cometido" (art. 236-7 del C. de P. C.).

l) *La peritación no se practicó en la Secretaría del tribunal, sino que los peritos se desplazaron a Bogotá y se contravinieron normas sobre competencia territorial.* No establece la ley, en parte alguna, que una peritación deba practicarse en la Secretaría del tribunal, y no encuentra la Sala —según el propio dictamen que los peritos se hayan trasladado a Bogotá, y si realmente lo hicieron, tampoco encuentra la Sala que exista norma legal —el recurrente no la cita— que establezca un territorio —por ejemplo el mismo en donde ejerza su jurisdicción el juez del conocimiento— dentro del cual ejerzan sus funciones —que no su competencia pues ellos no son jueces sino auxiliares de la justicia— los peritos designados dentro de un proceso. No prospera, entonces, el cargo.

ll) *El dictamen no es claro, preciso y detallado como lo exige la ley.* Este cargo se analizará más adelante, por razón de método.

m) *A la parte demandada no se le permitió la contradicción del dictamen, en los términos del artículo 238 del C. de P. C., y los peritos mismos se negaron a complementar y aclarar su trabajo, según petición del demandado, no obstante lo dispuesto por el tribunal.* La Sala encuentra que del dictamen pericial se corrió traslado a las partes por el término de ley, mediante proveído de 13 de septiembre de 1988, notificado el 15 del mismo mes y año; que durante dicho término, el señor apoderado del demandado solicitó explicación, ampliación, aclaración y complementación de los puntos del dictamen; que, efectivamente, el magistrado sustanciador accedió a dicha solicitud; que los señores peritos dieron contestación a lo planteado, expresando que no se trataba de explicación, aclaración, ampliación y complementación, sino de la extensión del objeto de la pericia a puntos o aspectos no solicitados en la oportunidad procesal para ello; y, finalmente, que el dictamen pericial fue objetado por error grave, sobre lo cual la Sala volverá posteriormente.

En consecuencia, no es cierto el cargo, por lo menos, en cuanto hace a la forma como se planteó el asunto por el recurrente.

n) *No existió el cuestionario formulado a los peritos por el actor.*

Sobre ese particular ya la Sala se pronunció anteriormente (punto 5º, literal f-2), llegando a la conclusión de que sólo existió una irregularidad consistente en que el actor formuló un mismo cuestionario u objeto de la prueba para dos medios de convicción que son autóno-

mos, por lo que el juez del conocimiento solamente debió decretar una prueba (la inspección) o la otra (la pericial), pero no ambas. No obstante, como se vio, la inspección judicial en realidad no se surtió.

o) *Los peritos, para fundamentar su dictamen, acompañan cuatro documentos, pero acontece que ninguno de ellos es auténtico, por cuanto son simples fotocopias sin autenticación alguna.* Este aspecto se analizará posteriormente, junto con el señalado en el literal ll), para dar respuesta al cargo 7, que el recurrente denomina "errores *in judicando*".

6. *Ilegalidad de la acumulación de los procesos, porque esa medida era procedente respecto a los procesos 4989, 4998 y 4997, pero no con respecto al proceso 4991, por lo cual se configura la causal de nulidad del numeral 2º del artículo 152 del C. de P. C.* De una parte, no se puede hablar de "falta de competencia", como causal de nulidad procesal, ni en el *a quo* ni en esta Corporación, cuando tanto el uno como la otra son competentes para conocer en primera y en segunda instancia de los cuatro procesos acumulados. De otro lado, no hay duda alguna en que, conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 238 del C. C. A., procedía la acumulación de los cuatro procesos: En efecto, se trata de varias acciones de nulidad de carácter electoral contra unas mismas elecciones —la del alcalde de Barranquilla—, aun cuando sean distintas las causas de las respectivas demandas, y eventualmente, en una de ellas el resultado no conduzca a la rectificación, modificación o adición de los escrutinios, al paso que en las otras sí, aspecto no previsto por el C. C. A., pues en el momento de su expedición no existía la alección popular de alcaldes, con su correspondiente reglamentación legal en materia de faltas absolutas de los elegidos.

No prospera, pues, el cargo.

7. *Los errores* "in judicando" *referidos al dictamen pericial:* El dictamen fue objetado por error grave en su oportunidad y en la sentencia no se decidió esa objeción; el dictamen no es claro, preciso y detallado; y, los peritos, para fundamentar su dictamen, acompañan cuatro documentos, pero acontece que ninguno de ellos es auténtico, porque son simples fotocopias sin autenticación alguna.

7.1. *La objeción del dictamen pericial rendido por los abogados González Llinás y Mejía Amador, no fue decidida en la sentencia.* En la sentencia del *a quo*, se expresó:

"El anterior dictamen fue objetado por error grave por el señor apoderado del demandado, aduciendo lo siguiente: Que los señores peritos no estudiaron todos los documentos electorales referentes a las mesas materia de peritación; que el proceso de sistematización correspondiente a las referidas mesas fue hecho por la Sociedad Centro de Procesamiento Contable S. A. Procecon S. A., cuyo represen-

tante legal y gerente es Edgardo Duncan Carrol, primo hermano del demandante Gustavo Certaín; que los señores peritos no revisaron los formularios de inscripción de votantes para las elecciones de 13 de marzo de 1988 y en los debates electorales anteriores; y que en cuanto a las cédulas que votaron dos veces no se estableció en el dictamen si los segundos titulares de las mismas aparecían también con cédulas en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

"El tribunal estima que el objetante no demostró en qué consistió el error grave, esto es la prueba de hechos que permitan desvirtuar o que es contraria a la realidad la peritación. Por el contrario, considera que el dictamen es claro, preciso, detallado y se ajustó plenamente al cuestionario a que se contrajo. Además de ello está respaldado con documentos públicos, como son: La cinta en densidad 1.600 B. P. I. y sin label a imagen de archivo contentiva de las listas de sufragantes correspondientes a las mesas objeto del dictamen suministrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil y las fotocopias de las tarjetas alfabéticas expedidas por la Registraduría Especial del Estado Civil de Barranquilla, que obran a folios 35 a 40 del cuaderno 24 —expediente 4989—. Estos documentos están amparados por una presunción de autenticidad y veracidad".

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra que no le asiste la razón al recurrente en cuanto a este aspecto: El *a quo* sí decidió en la sentencia la objeción que formulara al dictamen por "error grave"; especialmente se fundamenta en el hecho de no haberse demostrado, con prueba conducente, en qué consistió el error grave. Por lo demás, cabe observar que el mero hecho de haber realizado el proceso de sistematización correspondiente a las mesas impugnadas la sociedad PROCECON S. A., cuyo representante y gerente es primo del demandante, no puede conducir a la prosperidad de la objeción al dictamen; era indispensable acreditar que ese proceso de sistematización era irregular, fraudulento o contrario a la realidad y a la ley, y que, por ello, el dictamen fundado en el mismo no podía ser apreciado y tenido como prueba, nada de lo cual se hizo.

7.2. *El dictamen no es claro, preciso y detallado. Por sustracción de materia —dice el recurrente— los peritos no explican "los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones" puesto que la prueba no versa sobre tales tópicos, sino sobre puntos de derecho como atrás se demostró.*

Preceptúa el artículo 241 del C. de P. C. que "al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso".

Siguiendo esas orientaciones, el *a quo* en su sentencia en un capítulo que titula *"el análisis de los cargos de la demanda", primer*

cargo, dice, refiriéndose a la prueba pericial: "...Para demostrar el cargo, en la diligencia de inspección judicial practicada con el auxilio de peritos abogados, se logró establecer por éstos mediante la confrontación del Registro de Votantes y de la Lista de Sufragantes que en las siguientes mesas del puesto y zona aludidos votaron ciudadanos que no podían hacerlo por no figurar su cédula en la lista de sufragantes..." (y se mencionan 48 ciudadanos por sus nombres y apellidos, así como sus cédulas, mesas, puestos y zonas de votación).

"Igualmente, los señores peritos lograron establecer un grupo de cédulas de ciudadanía que aparecen sufragando en dos mesas diferentes o dos veces en la misma mesa, así: ... (se mencionan 34 ciudadanos con sus nombres y apellidos, sus cédulas y las mesas, puestos y zonas de votación en donde ello ocurrió).

"Para determinar las anteriores irregularidades los señores peritos utilizaron el computador y emplearon en medio magnético (cinta en densidad 1.600 B. P. I. y sin label a imagen de archivo) de las listas de sufragantes correspondientes a las mesas objeto del dictamen.

"La irregularidad referente a las cédulas de ciudadanía que aparecen sufragando en dos mesas distintas o dos veces en la misma mesa, se logró establecer con el mismo medio y con el respaldo de las tarjetas alfabéticas que reposan en la Registraduría Especial del Estado Civil de Barranquilla y que permitió comprobar que en las mesas en donde se dio la irregularidad las cédulas corresponden realmente a (otros ciudadanos diferentes que allí se enuncian) ...".

Y refiriéndose al *segundo cargo*, dice el tribunal: "...En cambio, con relación a las mesas números 1 a 22 del puesto de votación 04 de la zona 14, la diligencia de inspección judicial con intervención de peritos en referencia, logró establecer cédulas cuyos titulares votaron en mesas que no podían hacerlo por no figurar en la Lista de Sufragantes, que son las siguientes (se citan 22 casos): ...

"Los señores peritos también establecieron un grupo de cédulas de ciudadanía que aparecen sufragando en dos mesas diferentes o dos veces en la misma mesa, conforme se detalló cuando se estudió similar cargo respecto de las mesas del puesto 04 de la zona 09.

"Las consideraciones allí hechas sobre los documentos públicos que sirvieron de fundamento para el dictamen y sobre la objeción del mismo y su acogida por el tribunal sirven también respecto de los registros correspondientes al puesto 04 de la zona 14 examinada".

Por su parte, los señores peritos habían expresado en su dictamen, lo siguiente que no ha sido desvirtuado por la parte recurrente:

"Una vez instalados en la diligencia de inspección judicial el día 11 de agosto del año en curso y recibida en la secretaría de esa hono-

rable Corporación la documentación necesaria para la realización del trabajo a nosotros asignados, comenzamos a cotejar normalmente las cédulas que aparecen en el registro general de votantes de cada mesa de las zonas materia del experticio con su correspondiente lista de sufragantes; avanzada (sic) al (sic) el término concedido para rendir el dictamen y el trabajo manual de cotejo no daba su resultado por lo dispendioso de la labor, haciendo imposible rendir dictamen dentro del término concedido y aún en una ampliación de 30 días. Por ello y en uso de la libertad que teníamos para emplear otros medios que nos permitiera cumplir con el trabajo que como auxiliares de la justicia nos correspondía, y con las facultades otorgadas por el magistrado sustanciador para solicitar de cualesquiera autoridad documentos, materiales y cualesquier otro tipo de información, solicitamos del tribunal oficiar al señor Registrador Nacional del Estado Civil nos facilitara en medio magnético (cinta en densidad 1.600 B. P. I. y sin label a imagen de archivo) de las listas de sufragantes de las zonas objeto del dictamen. Obtenida esta cinta se procedió a grabar en un computador los registros generales de votantes de las mesas, puesto y zonas materia de experticio y luego a través del computador se hizo el cotejo (cruce) de la lista de sufragantes con el registro general de votantes de las ya mencionadas mesas, puestos y zonas con los siguientes resultados" (relatan a continuación las dificultades que se les presentaron):

Expresan, después los peritos, los resultados obtenidos y su conclusión:

"De todo lo anteriormente expuesto podemos manifestar a esa honorable Corporación que los 1.210 casos de posibles votantes sin derecho a hacerlo en la mesa correspondiente, arrojados por el computador, se encuentran distribuidos en la forma siguiente:

"Mesas 04 y 05 del puesto 02 de la zona 13 (ver anexo número 1)	436
"Inconsistencias sanas	216
"Jurados (ver anexo número 1)	343
"Mesas Especiales	35
"Inconsistencias Malas	180
"Total de Inconsistencias	1.210
"Total de cédulas que votaron dos veces	17".

Con base en ello, los señores peritos dan respuesta al cuestionario, salvo en cuanto a la pregunta "d)", por "ser imposible la verificación del contenido de la pregunta con los documentos electorales que empleó la Registraduría en las elecciones...".

Analizado con algún detenimiento el mencionado dictamen pericial, puede afirmarse que el dictamen no "es claro, preciso y detallado", y que no se explica los exámenes e investigaciones efectuados por los expertos —los experimentos parece no eran necesarios en razón de la materia y objeto de la prueba—, lo mismo que los fundamentos

técnicos o científicos?. La Sala considera que no, y que el dictamen fue debidamente apreciado por el *a quo*.

7.3. *Los peritos para fundamentar su dictamen, acompañan cuatro documentos, pero acontece que ninguno de ellos es auténtico, porque son simples fotocopias sin autenticación alguna.* Tampoco en este punto le asiste la razón al recurrente. Los cuatro anexos que los peritos agregaron al expediente, junto con su dictamen, *no* constituyen el fundamento del dictamen. El fundamento del mismo, como lo expresan los señores peritos y lo recoge el tribunal en la parte motiva de la sentencia, son el Registro General de Votantes de cada mesa de las zonas materia del experticio y la Lista de Sufragantes en las mismas, así como las tarjetas alfabéticas de la Registraduría Especial de Barranquilla. Esos documentos que sí son públicos, y como tales auténticos, fueron introducidos al computador, para mediante su utilización hacer el cotejo o cruce, y determinar las posibilidades de votantes sin derecho a hacerlo en las correspondientes mesas y las posibilidades de doble votación; los resultados obtenidos en ese procedimiento de que dan cuenta los cuatro anexos, que los señores peritos acompañaron al proceso con su dictamen sin necesidad de hacerlo, se hacen constar en el dictamen por los expertos. En otras palabras, los peritos explicaron los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos de las conclusiones, y para probarlo acompañaron los indicados anexos 1 a 4, los cuales no tenían porqué venir autenticados por funcionario alguno de la Registraduría, si se tiene en cuenta que no correspondían a copia o fotocopia de documento público alguno que repose en las oficinas de dicha Registraduría, sino, como se ha dicho, al resultado del cruce del Registro General de Votantes y Listas de Sufragantes.

Por otra parte, la Sala no encuentra la alegada incongruencia entre la parte resolutiva de la sentencia y las pretensiones de la demanda, que determine un supuesto fallo *"extra o ultra petita"*. En efecto, en la demanda se impetra la declaratoria de nulidad de las actas o registros electorales de las mesas de votación 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18 y 20 de la zona electoral número 09, y de las mesas 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 17 y 19 del puesto de votación número 04 de la zona 14, y así se hace en la parte resolutiva de la sentencia recurrida.

Finalmente, queda por dilucidar si es cierta la aseveración que hace el primer apoderado del demandado en el escrito de interposición y sustentación del recurso de apelación, en el sentido de que los peritos, llevaron a cabo sus investigaciones y rindieron su dictamen sobre documentos de puestos y mesas de votación no pedidas por el apoderado del actor, como es el caso de las mesas y puestos de la zona 08, lo cual hace que el medio probatorio no tenga ningún mérito, ni pueda ser apreciado.

Sobre ese particular, cabe observar, en primer término, que el apoderado del actor sí solicitó en su escrito de pruebas la verificación y cotejo de puestos y mesas de votación de la zona 08, sobre lo cual efectivamente se pronunciaron en su dictamen; y, en segundo lugar, en la sentencia no se decretó la nulidad de los registros de mesas de la zona 08, entre otras cosas por cuanto lo que se probó respecto de ellas en el dictamen, no tenía ninguna relación con la causal de nulidad invocada. Por lo expuesto, tampoco le asiste razón al recurrente en este aspecto.

Restaría determinar lo relativo a la cita acertada o equivocada de las disposiciones legales que consagran la nulidad o nulidades de los registros elctorales, hecha por el apoderado del actor en su libelo de demanda, a lo cual se ha referido el primer apoderado del demandado en su escrito de apelación y de sustentación de ella, cuando observa que la cita es equivocada en cuanto a las mesas de votación de la zona 09 y no existió en cuanto a las mesas de votación de la zona 14.

Sobre ese particular la Sala observa lo siguiente:

a) Para impetrar la nulidad de los registros correspondientes a las mesas de votación de la zona 09, el apoderado del actor invoca las causales "1ª" y "3ª" del artículo 223 del C. C. A., por haberse incurrido "en falsedad de documentos por ser falsos o apócrifos los registros electorales y los elementos que sirvieron para su formación", y, porque "están viciadas de nulidad las actas de escrutinio de los jurados de votación que sufrieron alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la Corporación respectiva (causal 3ª de nulidad del art. 223 del C. C. A.) y aquellas cuyas firmas de los jurados fueron suplantadas".

b) Para impetrar la nulidad de los registros correspondientes a las mesas de votación de la zona 14, el apoderado del actor no invoca en el capítulo "concepto de violación" de su demanda, disposición legal alguna que consagre la causal de nulidad; simplemente en el capítulo "hechos" de su libelo, dice lo siguiente al respecto:

"Zona electoral número 6, puestos de votación números 1, 2 y 3 y zona 14 puesto 4.

"En las mesas o jurados de votación números 1 a 17, del puesto de votación número 1, en las mesas o jurados de votación números 1 a 15, puesto de votación número 2, y en las mesas números 1 a 17, del puesto de votación número 3, todas de la zona electoral número 06 del Municipio de Barranquilla, correspondientes a las votaciones de 13 de marzo de 1988, y en las mesas 1 a 22, del puesto de votación número 4, de la zona electoral número 14 del mismo Municipio de Barranquilla, relacionadas con las elecciones que tuvieron lugar el tantas veces citado día 13 de marzo del presente año, tuvieron lugar

irregularidades y graves anomalías idénticas o similares a las registradas en el puesto de votación número 4 de la zona electoral número 09 (Cementerio de Calancala) de Barranquilla según el cotejo que a solicitud nuestra hizo de manera extraoficial la Registraduría Nacional del Estado Civil en Bogotá, lo cual demostraremos plenamente en el juicio compulsando y comparando los respectivos registros generales de votantes con las correlativas listas parciales de sufragantes. De ello resulta que aparecen sufragando supuestos ciudadanos, que existió doble votación y, lo que es más grave, que hubo además falsedad en los elementos que sirvieron de formación para las actas de escrutinio de los jurados de votación y en los documentos electorales mismos. Con las actas de escrutinio de los jurados comprobaremos igualmente que son falsas o apócrifas las firmas de muchos de ellos y que los resultados fueron alterados, de tal manera que no corresponden a los que auténticamente emitió la ciudadanía de Barranquilla en las urnas el 13 de marzo del año en curso.

"En la inspección judicial que decretará el honorable tribunal relacionaremos minuciosamente tales irregularidades para demostrar plenamente la falsedad manifiesta y palmaria de los documentos antes enumerados, lo cual evidencia que de manera premeditada se organizó y confabuló un sistema tendiente a alterar la auténtica expresión de la voluntad popular con torcidos fines, como el de impedir la elección del doctor Gustavo Certaín Duncan como Alcalde Mayor de la ciudad de Barranquilla. Es inverosímil que así haya sucedido en el centro urbano más importante de la Costa Atlántica donde debiéramos presumir un alto grado de cultura política".

En cuanto a lo primero la Sala considera que si bien es cierto la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido la de que la prosperidad de una demanda electoral —o de cualquier otra naturaleza— está jurídicamente condicionada a la procedencia de la cita de las disposiciones violadas que haga el demandante y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga el actor, porque debiendo declarar la sentencia si el acto acusado viola o no tales disposiciones, no podría ella fundarse en normas que no hayan sido expresamente citadas en la demanda, no es menos cierto que, como también lo ha expresado esta Corporación, en otras ocasiones, el error en la cita de una norma, que claramente se encuentra obedece exclusivamente al error mecanográfico no hace perder a la demanda sus perfiles jurídicos ni la unidad de sus planteamientos. Por esto, habiendo expresado el actor, en cuanto hace relación a las mesas de votación de la zona 09, demandadas, que la impugnación se fundamenta en el hecho de ser "falsos o apócrifos los registros electorales y los elementos que sirvieron para su formación", lo que constituye la causal 2ª de nulidad prevista en el artículo 223 del C. C. A., la Sala no puede desechar el cargo, estando demostrado por otra parte la falsedad, porque, por un error, seguramente mecanográfico, se hubiere citado en la demanda el numeral o causal primera del mismo artículo 223.

De acuerdo con lo anterior, la Sala habrá de confirmar el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia recurrida, en cuanto hace relación a las mesas de votación indicadas en él, correspondientes todas ellas al puesto de votación número 04 de la zona 09.

Empero, no podrá hacerse lo mismo, en cuanto hace referencia a las mesas de votación del puesto número 04 de la zona 14, cuyos registros igualmente se anulan por el precitado numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia recurrida. La razón: Lo alegado por el señor apoderado del demandado, es decir, no haberse indicado en la demanda la norma jurídica quebrantada, como se ha visto.

Y es que no es lo mismo incurrir en un error mecanográfico en la cita de la disposición, subsanable por la transcripción de lo que dice la norma, que el no indicarse esa disposición aun cuando los hechos sean idénticos o similares a los registrados o acontecidos en otras mesas de votación. La justicia que imparte esta jurisdicción, no es oficiosa, sino rogada, y al juez administrativo le está prohibido, por consiguiente, suplir la deficiencia de la parte actora en cuanto hace a la cita de la disposición o disposiciones quebrantadas por la manifestación de voluntad administrativa. No es, pues, indiferente para la prosperidad de las pretensiones de una demanda ante esta jurisdicción, el señalar o no las normas que se consideren quebrantadas con el acto o actos acusados, ni expresar o dejar de expresar en ella el concepto en que fueron violadas.

Por todo lo anterior, aun cuando no puede aceptarse la excepción de inepta demanda, ya que hubo la cita de esas disposiciones violadas y la expresión, así sea breve, del concepto de la violación, en cuanto a otras mesas de otras zonas electorales también comprendidas en la demanda, sí debe revocarse la sentencia en cuanto a la nulidad de las mesas de votación de la zona 14, por la falta de invocación de las normas quebrantadas.

En los anteriores términos, se decidirá el recurso de apelación ejercitado por la parte demandada.

2. *El recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal del tribunal; el abogado Alejandro Orjuela Hernández, en su propio nombre y como apoderado de la Asociación Nacional de Abogados Litigantes —ANDAL—.*

Consideran los precitados recurrentes, como antes se expresó, que en el proceso se comprobó que el alcalde elegido estaba inhabilitado para poderlo ser, en los términos del artículo 29 de la Ley 78 de 1986, por haber celebrado contrato, por interpuesta persona —El Heraldo Ltda.—, con diversas entidades públicas, contratos que debían ejecutarse o cumplirse en el Municipio de Barranquilla, sin que sean valederos los argumentos expuestos por el *a quo*.

Sobre el particular, bueno es observar que la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación se pronunció en alguna ocasión, en el sentido expuesto en la sentencia recurrida, al decir que la norma del estatuto contractual de la Nación que se refiere a la incompatibilidad de los empleados oficiales y demás personas, que sin serlo ejercen función administrativa, para contratar por sí o por interpuesta persona con las entidades públicas, se refiere únicamente a la figura del "testaferro", es decir, a celebrar contratos por intermedio de otra persona natural, porque las sociedades son personas diferentes a cada uno de sus socios, según la ley comercial.

Esta Sección no comparte ese planteamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil, órgano consultivo del Gobierno. Para la Sección la norma no distingue; ni la contenida en el artículo 10 del estatuto contractual (Decreto-ley 222 de 1983), ni la contenida en el artículo 29 de la Ley 78 de 1986; ambas se refieren a la inhabilidad o incompatibilidad para celebrar contrato, de cualquier naturaleza, por sí o por *interpuesta persona* —que puede ser obviamente natural o jurídica, pues de lo contrario el legislador lo habría precisado—, o la inhabilidad para ser elegido alcalde, cuando se ha celebrado contrato por sí o *por interpuesta persona* —que también puede ser natural o jurídica.

Esa apreciación, dentro de una sana hermenéutica jurídica, no puede ser desconocida con el argumento de que, conforme lo prescribe el inciso 2º del artículo 98 del Código de Comercio, la sociedad una vez constituida en legal forma es una persona distinta de los socios individualmente considerados, o con el de que el elegido no tiene injerencia alguna en la administración de los negocios sociales de la sociedad El Heraldo Ltda., pues nada de ello tiene incidencia en la intención que el legislador tuvo al consagrar, en el caso de los que fueran a ser elegidos alcaldes, la inhabilidad, y en el caso de los empleados oficiales la incompatibilidad contractual, que no fue otra que la de evitar que, mediante la suscripción de contratos administrativos o privados de la administración otorgados a un aspirante electoral, se le concedieran recursos económicos o humanos (trabajadores de la obra al servicio del contratista) que colocaran a un candidato en situación de ventaja frente a otros.

Empero, una cosa es una cosa, y otra cosa es otra cosa, como dijera un fallecido político nacional. Una cosa es que el aspirante-elegido y sus familiares (cónyuge, hijos, hermanos, padres) sean socios de la sociedad o persona moral que contrata con el Estado, y otra, muy diferente, que la socia de la sociedad contratista del Estado sea otra persona jurídica, pues hasta allí, por lo menos ahora, no puede llegar la inhabilidad o la incompatibilidad predicadas.

Por ello, la Sala considera que las pretensiones de la demanda promovida por el abogado Orjuela Hernández y ANDAL, no están llamadas a prosperar, ni es atendible el recurso de apelación ejercitado

por ellos y el señor Fiscal del tribunal, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 78 de 1986, en armonía con la Ley 49 de 1987.

Resta sólo decir en cuanto hace relación a estos apelantes, que el señor Fiscal del tribunal entendió mal el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia: En él, al decirse o resolverse que no se declaran probadas las excepciones propuestas —por el apoderado del demandado se entiende— no se adoptó una decisión sobre la inhabilidad del elegido, como lo consideró erróneamente al precitado funcionario; simplemente, se resolvieron las excepciones de inepta demanda, petición indebida, etc.

Y en cuanto a la apelación interpuesta por el mismo Fiscal, por el cargo de no haberse notificado la demanda al Consejo Nacional Electoral, que, según el apelante, determina la "nulidad de todo lo actuado", la Sala se remite a la providencia por medio de la cual decidió uno de los doce incidentes de nulidad procesal, precisamente el planteado con base en dicho hecho, y en donde se llegó a la conclusión de que dicha notificación personal no está prevista en las normas que regulan el proceso electoral.

3. *El recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del demandante Gustavo Certaín D. contra el numeral 7º de la parte resolutiva de la sentencia, en cuanto negó las súplicas relativas a los cargos tercero y quinto contra las mesas de las zonas 08 y 13, y denegó la corrección del error aritmético en que supuestamente se incurrió.*

Como uno de los argumentos expuestos por el *a quo*, que sirvió de fundamento para negar la pretensión relacionada con el denominado "tercer cargo", relativo a las mesas de votación de la zona 08, es la invocación de la concepción jurisprudencial de esta Corporación conocida como *"purga de ilegalidad"*, la Sala se ocupará, en primer lugar, de los argumentos expuestos por este apelante, para solicitar comedidamente que se abandone esa "teoría", ya que los integrantes de ella siempre han estado dispuestos a reestudiar sus concepciones a la luz de los planteamientos de las partes en los procesos y a rectificar, llegado el caso, las mismas si se le demuestra que es equivocada su apreciación sobre determinado punto de derecho.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que debe abandonar la teoría o concepción jurisprudencial de la *"purga de ilegalidad"*, expuesta en sentencias de 6 de abril y 12 de mayo del presente año, a la cual igualmente se había referido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de 2 de abril de 1982, por las siguientes consideraciones:

a) La regla general de derecho, en materia de vigencia de la ley en el tiempo, es la de la "irretroactividad de la ley" o "efecto prospec-

tivo de la ley", problema que no es reciente, pues desde el derecho romano se ha tratado de resolverlo con apoyo en la máxima de que la ley "rige hacia el futuro". Esa regla o principio encuentra su justificación en la seriedad y seguridad necesarias para que las personas no vean amenazados sus derechos por una legislación posterior.

b) Pero, como igualmente lo ha señalado la jurisprudencia, "huelga decir, que no teniendo origen constitucional, el principio de la irretroactividad de la ley, en cuanto no vulnere derechos adquiridos, en la legislación colombiana, nada se opone a que el legislador expida, cuando lo crea conveniente, leyes retroactivas" (Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, sentencia de septiembre 2 de 1964), que no es el caso de la Ley 62 de 1988.

c) Por igual consideración, el constituyente ha dispuesto que "en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" que preexista al acto que se impute, que tampoco es el caso de la Ley 62 de 1988, que se refiere a nulidades que afectan los actos electorales y no a las conductas de las personas consideradas como infracciones a la ley.

d) Por ser de orden público las normas sobre el trabajo, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso (situaciones *facta pendentia*) en el momento en que dichas normas empiecen a regir, *pero no tienen efecto retroactivo*, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores (art. 16 del C. S. del T.).

De manera que, salvo los casos de retroactividad de la ley dispuesta, de manera expresa, por el propio legislador en el texto de la nueva norma y de la ley penal nueva, permisiva o favorable, y de los de retrospectividad de la ley laboral, que no constituye, en modo alguno, retroactividad de ella, no se puede aplicar una nueva ley para gobernar actos y hechos acontecidos durante la vigencia de la ley anterior, por cuanto, de lo contrario, la seguridad jurídica y el orden público se verían seriamente afectados.

e) Realmente, si la denominada "purga de ilegalidad" pudiera considerarse como una especie de "convalidación" de un acto administrativo, en este caso de carácter electoral, viciado, irregular o simplemente ilegal, ella no es procedente sino cuando se trata de un acto general, y no respecto de los actos individuales o de los actos-condición que son de contenido individual, como el de carácter electoral, para la persona colocada dentro de un status jurídico: Funcionario público, senador, representante, diputado, concejal, etc., ya que las situaciones jurídicas concretas sólo pueden definirse de acuerdo con las normas vigentes al momento de la expedición del acto respectivo, y no conforme a disposiciones de ulterior expedición.

f) En el caso de la Ley 62 de 1988, no existe "purga de ilegalidad" alguna; simplemente aconteció con su expedición, que a unos hechos constitutivos de causales de reclamación e impugnación en la vía gubernativa-electoral y, al mismo tiempo, constitutivos de causal de nulidad para hacerlos valer en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se les dejó solamente como causales de reclamación e impugnación en el proceso administrativo-electoral.

g) Finalmente, el carácter de rogado que tiene esta jurisdicción impone que el control de legalidad y de constitucionalidad sobre el acto administrativo, se ejerza en relación con las normas vigentes en el momento de expedición del acto e indicadas como quebrantadas en la demanda por el respectivo accionante, y, en manera alguna, le es dado al juez administrativo entrar a decidir el problema o controversia particularmente radicado en el quebrantamiento de esas disposiciones, con base en la existencia de normas posteriores a los hechos, a la expedición del acto administrativo y al ejercicio de la respectiva acción contenciosa (Sentencia de septiembre 21 de 1989, Ponente doctor Euclides Londoño Cardona, expediente 0326).

Por lo expuesto, la Sala entrará a analizar el denominado cargo tercero, formulado en relación con las mesas 1 a 33 del puesto de votación número 01 de la zona 08, por haber funcionado dichas mesas de votación en sitios o lugares no autorizados legalmente (numeral 6º del art. 233 del C. C. A. —en la forma como existía antes de la expedición de la Ley 62 de 1988—, en concordancia con el numeral 1º del art. 192 del C. E.).

Dice el recurrente que las certificaciones y documentos expedidos mediante oficio por los Registradores Especiales del Estado Civil en Barranquilla y los aportados por la Seccional del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi', confirmados por las verificaciones que se hicieron en la respectiva diligencia de inspección judicial, le dan la razón: Las mesas de votación del puesto de votación 01 de la zona 08, debían funcionar en la calle 45D-1, carrera 5D, y no obstante ello funcionaron en sitio diferente, o sea, en la calle 45B-3, carrera 4ª (sitio anexo o en frente de la subestación de policía de la Ciudadela 20 de Julio).

El precitado cargo no está llamado a prosperar y, en consecuencia, en este aspecto deberá confirmarse la sentencia apelada. Las razones, son las siguientes: Realmente, según los documentos que obran en el proceso, las mesas de votación impugnadas debían funcionar en la calle 45D-1, carrera 5ªD de la ciudad de Barranquilla, no obstante lo cual funcionaron finalmente en la calle 45B-3, carrera 4ª (Ciudadela 20 de Julio, frente a la subestación de policía). Pero ello aconteció, según la declaración rendida por el señor Registrador Auxiliar de la zona 08, puesto 01, en razón de la orden que le fuera impartida por los señores Delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, doctor Movilla y Rosas, y los Registradores Especiales

Narváez y de García, quienes al parecer, para tal efecto, no expidieron acto administrativo escrito. Esa declaración no fue tachada por las partes o por el juez, dentro de la oportunidad para ello, no se puede considerar como proveniente de un testigo sospechoso, los apoderados de las partes tuvieron oportunidad de contrainterrogarlo en la respectiva diligencia y efectivamente así lo hicieron, y no puede controvertirse con lo que reza el "Indice General de Votantes", que seguramente fue elaborado con anterioridad a la fecha de elecciones, cuando se creía que debían funcionar las mesas en la calle 45D-1, con carrera 5ª, y la contradicción que pudiera existir con algún otro documento, se resuelve aplicando el "principio de la eficacia del voto", consagrado expresamente en el Código Electoral, pues no se ha demostrado, por otra parte, que como consecuencia del cambio de sitio, numerosas personas hubieren dejado de sufragar, o que el cambio se efectuó para impedir que un buen número de ciudadanos pudieran hacerlo.

Cargo quinto de la demanda. Que debieron computarse las mesas de votación números 4 y 5 del puesto de votación 02, zona 13 (Universidad Autónoma), con base en el principio de la eficacia del voto y, además, por haberse dado circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito.

Este cargo tampoco está llamado a prosperar y, en consecuencia, deberá confirmarse la sentencia del *a quo* en cuanto denegó la respectiva pretensión, por cuanto realmente, como se sostiene en el fallo recurrido, la causal invocada, o sea, la 3ª del artículo 192 del C. E., en armonía con la 6ª del artículo 223 del C. C. A., no guarda ninguna relación con el cargo que se formula, precisamente para lograr lo contrario: Que se computen votos que constan en actas de escrutinio de jurados que no están firmadas por tres jurados, al menos, irregularidad que no puede subsanarse con aplicación del principio de la "eficacia del voto", como se pretende.

El error aritmético. En la sentencia apelada se expresa que el demandante no precisó en qué consistió el error aritmético en cada una de las mesas acusadas, razón suficiente según la jurisprudencia de esta Corporación que invoca, por lo demás, para no estimar el dictamen pericial producido dentro del proceso y enderezado a demostrar esos errores en que supuestamente se incurrió.

El actor-recurrente, por su parte, dice que desconcierta lo afirmado por el tribunal, si se tiene en cuenta lo que se expresa en la demanda, folios 20 a 24, que quedó establecido con el dictamen pericial.

No le asiste la razón al tribunal, pues el demandante sí formuló los cargos en forma precisa, en relación con cada una de las mesas de las zonas 4, 6, 08, 09, 10, 14 y 15, y, en consecuencia, deberá de estudiarse para resolver la apelación en cuanto a este aspecto final.

Como a la Sala no le brinda ninguna seguridad y credibilidad el dictamen pericial rendido por los abogados Mejía Caballero y Ferrari Padilla, ya que haciendo comprobación de las cifras que expresan, en relación con las actas de los jurados, las actas de las comisiones escrutadoras auxiliares y los votos emitidos por los dos principales candidatos a la alcaldía, se encuentra que algunas de ellas no coinciden con esos documentos electorales, quien redacta la presente ponencia, con la colaboración de su magistrada auxiliar y del personal de la Secretaría de la Sección, procedió a la revisión de dichos documentos, encontrando lo siguiente:

GUSTAVO CERTAIN DUNCAN

Zona	*Puesto*	*Mesa*	*Actas*	*Votos peritos*	*Votos reales*	*Variación*
4	1	3	188	183	183	—5
8	1	14	92	93	No se encuentran	+1
8	5	9	97	97	No se encuentran	=
9	1	15	181	180	180	—1

(El acta del jurado expresa 180, pero la Comisión contabilizó 181, por lo que habrá de deducirse ese voto)

9	1	22	199	198	198	—1
9	1	33	182	40	181	—1

(El acta del jurado expresa 181, pero la Comisión contabilizó 182, por lo que habrá de deducirse ese voto)

9	2	15	111	111	111	=
10	1	1	123	121	No se encuentran	—2
10	1	18	135	131	No se encuentran	—4
10	1	19	136	135	No se encuentran	—1
10	2	3	179	177	177	—2

(El acta del jurado expresa 177, pero la Comisión contabilizó 179)

10	2	4	172	169	169	—3

(El acta del jurado expresa 169, pero la Comisión contabilizó 172)

Zona	*Puesto*	*Mesa*	*Actas*	*Votos peritos*	*Votos reales*	*Diferencia*
10	2	5	188	186	184	—4

(El acta del jurado expresa 185, pero la Comisión contabilizó 188)

10	2	8	145	143	143	—2

(El acta del jurado expresa 143, pero la Comisión contabilizó 145)

10	2	10	145	144	144	—1

(El acta del jurado expresa 144, pero la Comisión contabilizó 145)

10	2	11	186	184	184	—2

(El acta del jurado expresa igual guarismo que el de la Comisión)

10	2	12	192	193	193	+1
10	2	13	187	187	187	=

(Las actas del jurado y de la Comisión coinciden)

10	2	14	190	188	188	—2

(El acta del jurado expresó 188, pero la Comisión contabilizó 190)

10	2	21	187	183	183	—4

(El acta del jurado expresó 184, pero la Comisión contabilizó 187)

10	2	15	220	219	220	=

(Las actas de jurado y de Comisión coinciden)

10	2	24	155	152	152	—3

(El acta del jurado expresa 152, pero la Comisión contabilizó 155).

JAIME PUMAREJO CERTAIN

Zona	*Puesto*	*Mesa*	*Actas*	*Conteo peritos*	*Votos reales*	*Variación*
4	1	3	63	65	63	—
8	1	10	149	148	No aparecen	—1
8	3	9	83	83	83	—
8	5	11	163	162	162	—1
9	1	20	88	87	88	—
9	1	33	74	73	74	—
9	2	5	162	161	No aparecen	—1
9	2	15	151	151	No aparecen	—
10	1	1	134	104	No aparecen	—30

(El Consejo Nacional Electoral constató en el acto acusado la preocupación que le causó la no coincidencia entre lo consignado en las actas de escrutinio y lo consignado en las actas de los jurados, en cuanto a esta zona electoral, y procedió a la rectificación)

Zona	*Puesto*	*Mesa*	*Actas*	*Conteo peritos*	*Conteo real*	*Variación*
10	1	18	142	144	144	+2
10	2	8	69	68	69	=
10	2	11	74	76	76	+2
10	2	13	75	75	75	=
10	2	16	61	61	61	=
10	2	21	69	68	68	—1
10	2	25	62	65	65	+3

Confrontando las anteriores cifras de las mesas de las diferentes zonas mencionadas, con las que tuvo en cuenta el Consejo Nacional Electoral en el acto acusado, basándose para ello en las actas de escrutinio de las diversas Comisiones y de sus Delegados en la Circunscripción del Atlántico, se tiene, entonces, que a los 125.604 votos determinados en definitiva para el candidato Gustavo Certaín Duncan, hay que adicionarle un voto para un subtotal de 125.605 votos, suma a la cual hay que restarle cinco (5) votos, lo cual arroja la suma de 125.600 votos, que es el resultado definitivo para el indicado candidato, verificada la corrección del error aritmético.

En cuanto al candidato Jaime Pumarejo Certaín, tenemos que a los 125.758 que le fueron computados por el Consejo Nacional Electoral en el acto acusado, con base en las mismas actas de escrutinio de las Comisiones y de sus Delegados en la precitada Circunscripción, hay que adicionarle cinco (5) votos, para un subtotal de 125.763, cantidad a la cual se le restan treinta y cinco (35) votos, lo que deja un total de 125.728, que es el resultado definitivo para el indicado candidato, verificada la corrección del error aritmético.

Prospera, parcialmente, de acuerdo con lo antes dicho, el cargo enderezado a rectificar o corregir el error aritmético en que se incurrió, y así se dispondrá en la parte resolutiva de la sentencia.

4. *El recurso de apelación ejercitado por el señor apoderado del doctor Juan Montes Hernández.*

Habiéndose rectificado por la Sala su criterio de aplicar la denominada teoría de la "purga de ilegalidad", como antes se dejó expuesto, habrá necesidad de entrar a analizar todos y cada uno de los cargos formulados por este demandante recurrente, para ver si se encuentran comprobados y prosperan o no, así:

I. *La intervención del senador apoderado del demandante Certaín D. en la vía-gubernativa electoral.* Como ya tuvo oportunidad de decirlo la Sala, con motivo de una de las nulidades procesales propuestas (Expediente 4989), conforme a la Constitución Política y a la ley, los senadores y representantes, a pesar de su investidura, pueden ser apoderados o defensores en los procesos que se sigan ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público, incluido el contencioso administrativo, siempre y cuando su gestión judicial no sea en procesos que afecten "intereses fiscales o económicos de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías o los municipios, los institutos descentralizados y las empresas de economía mixta...", procesos que hacen relación a los que se ventilan ante la Rama Jurisdiccional, y no a las actuaciones administrativas y vía gubernativa que se surten ante los órganos de la Rama Ejecutiva del Poder Público o de otro ente, como la Procuraduría, la Contraloría y el Consejo Nacional Electoral, sus Delegados o las Comisiones escrutadoras, que ejercen función de

fiscalización y control de las otras ramas del poder, o que integran, lo que, en otros países, se conoce como la rama o poder electoral (cuarto poder público).

Ahora bien; el artículo 110 de la Carta, desarrollado en otras disposiciones como las indicadas en la demanda, se refiere a la prohibición para senadores y representantes principales, para celebrar —hacer, dice la norma— por sí o por interpuesta persona, contrato alguno con la administración pública, que no es el caso; ni gestionar en nombre propio o ajeno negocios que tengan relación con el gobierno de la Nación, los departamentos, municipios, etc., que tampoco lo es, por cuanto la palabra "negocios" debe referirse a contratos o convenios, y si por tal —por negocio— pudiera entenderse a otro aspecto, sobraría la parte subsiguiente de la norma: "Ni ser gestor o apoderado ante las entidades oficiales y descentralizadas".

Pero es que, además, como la misma Carta en la parte *in fine* de su artículo 110 transfiere a la ley la posibilidad de determinar excepciones a la regla general, aquella así lo ha hecho al prescribir en el artículo 2º, literal d), que los senadores pueden directamente o por medio de apoderado actuar en los siguientes asuntos: "... d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público y ante lo contencioso administrativo", salvo "en los procesos de toda clase que afecten intereses fiscales o económicos de la Nación, los departamentos, los municipios, etc.", que tampoco es el caso, porque en este proceso no existen esos intereses.

De modo, que no se desconoció lo dispuesto en el artículo 110 de la Carta, ni en el literal d) del artículo 2º de la Ley 11 de 1973.

Empero, como también se alega la violación de los literales c) y d) del artículo 1º de la precitada ley, en cuanto prohíbe a los senadores intervenir en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, donde tenga interés la Nación, los departamentos, los municipios, etc. y las entidades oficiales o semioficiales (entidades descentralizadas, según la actual terminología del legislador), o ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas en sus distintos niveles, debe decirse que no se encuentra el quebrantamiento de dichos preceptos, por cuanto, ni el Municipio de Barranquilla, como persona jurídica, tiene interés fiscal, económico o de cualquier otro tipo en la elección de su representante legal y, antes por el contrario, de tenerlo, sería el de que la persona que lo represente y dirija sea la persona legítimamente elegida por su pueblo y no a quien no favoreció realmente el resultado de las urnas, ni la organización electoral (Consejo Nacional, sus Delegados, las Comisiones escrutadoras, etc.), puede considerarse como "autoridad administrativa" de alguno de los órdenes, porque ya hemos visto que aun cuando expida "actos administrativos" no forma parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, ni depende de ella. Es, en algunos países, otra de las ramas del Poder

Público, y entre nosotros, un organismo electoral que no forma parte de ninguna de las existentes.

Tiene, pues, razón el *a quo* en sus planteamientos, y por ello habrá de confirmarse su decisión en cuanto a este cargo, respecto del cual declaró que no prosperaba.

II. *Violación de los artículos 227 y 192, numerales 3º y 11, del C. E., por haber revocado el Consejo Electoral las resoluciones de la Comisión Escrutadora Auxiliar de la zona 13, por medio de las cuales dejaron de computarse los registros de tres de sus mesas.* Se fundamenta el cargo en que la competencia para ello está radicada en esta jurisdicción, ya que lo decidido es una cuestión de derecho no comprendida dentro de ninguna de las causales de reclamación.

La Sala comparte el planteamiento del tribunal sobre este cargo: Según el artículo 12, numeral 8º del C. E., el Consejo Nacional Electoral es competente para conocer y decidir los recursos de cualquier naturaleza que se interpongan contra los actos de sus Delegados en una Circunscripción, relativos a las causales de reclamación que invoquen, tales como las relacionadas con actas de escrutinio de los jurados que estén firmadas por menos de tres de éstos (causal 3ª) o con errores aritméticos en que se haya incurrido (causal 11), para lo cual podrá "apreciar cuestiones de hecho *o de derecho*" (se subraya), dice el artículo 192 del C. E.

En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión, en cuanto a este cargo respecta.

III. *Las Comisiones escrutadoras oficiosamente excluyeron del cómputo general las mesas indicadas de las zonas 02, 08, 09, 14 y 15, pretermitiendo lo dispuesto en los artículos 163, 165, 168 y 172 del Código Electoral e incurriendo en la causal 11 del artículo 192 del mismo estatuto y el desconocimiento del principio de la "eficacia del voto" (numeral 3º, art. 1º C. E.), así como en la violación de nuestro sistema electoral.*

El cargo no está llamado a prosperar, no obstante que realmente las Comisiones Escrutadoras Auxiliares de las respectivas zonas dejaron de hacer lo que, para eventos como los que se dieron —supuesta existencia de actas de jurados de votación con menos de tres firmas de ellos—, correspondía realizar según lo dispuesto en los artículos 153, 165, 168 y 172 del C. E.; proceder al recuento de votos, solicitar a los correspondientes funcionarios el pliego o registro necesario y hacer el cómputo total de votos y anotar, en las actas, los correspondientes resultados, cosa que sí hizo el Consejo Nacional Electoral posteriormente con motivo de las reclamaciones o recursos que se presentaron contra los resultados determinados por sus Delegados en la Circunscripción.

La razón de lo anterior, la circunstancia de que, como bien lo ha sostenido esta Sección en varias oportunidades, rectificando así el criterio que tenía la extinguida Sala Contenciosa Electoral sobre el particular —que se invoca en la sentencia—, no toda irregularidad que se observe o se dé en la etapa de escrutinio y declaratoria de elección, conlleva la sanción de nulidad del acto administrativo electoral en donde la última se haga, bastando para ello invocar la antigua causal 4ª del artículo 223 del C. C. A. —hoy modificada por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988 que ya no habla de "sistema electoral" sino de "sistema del cuociente electoral" (que tampoco lo es, ya que el sistema es el de la representación proporcional)—, en concordancia con el artículo o artículos que establecen lo que se debe hacer por los jurados o corporaciones escrutadoras. Y no se compartió tal apreciación doctrinal, por cuanto se consideró que, por tal vía, todos los vicios o irregularidades procedimentales, aún las más insignificantes y sin repercusión alguna, cabrían dentro de ésta que era la causal 4ª del artículo 223 antes de su reforma, sobrando, en consecuencia, los demás vicios e irregularidades previstas en aquella norma, incluidas aquellas que eran de reclamación y a las cuales se remitiría la causal sexta del artículo 223 citado, y desconociendo, de paso, el principio general de derecho, según el cual las causales de nulidad son de carácter taxativo. Bastaría, simple y llanamente —se dijo en esas ocasiones— que se hubiera establecido como causal única de nulidad de las elecciones y escrutinios, la de haberse computado los votos emitidos "con violación del sistema electoral adoptado por la Constitución y las leyes de la República" (Sentencias de abril 12 y mayo 12 de 1989, expediente 0276, y 0287, ponencias del consejero González Rodríguez).

De manera que no prospera el cargo formulado por el supuesto quebrantamiento del "sistema electoral" adoptado por la Constitución y las leyes.

Pero es que, además, como el propio demandante lo reconoce, lo que no hicieron las Comisiones escrutadoras, sí lo realizó el Consejo Nacional Electoral, y claramente apareció —salvo el caso de una de las mesas— que las actas no llevaban, al menos, la firma de tres de los cuatro jurados, lo que justificó el proceder de las Comisiones escrutadoras de "no tener en cuenta los resultados para el cómputo general", aun cuando sí era su deber escrutar y dejar constancia de lo que encontró. El actor en su demanda, no indica cuál de las actas de los jurados fue la que realmente apareció suscrita por los tres jurados, y que, en consecuencia, debió ser tenida en cuenta por el Consejo Nacional Electoral.

El error aritmético, por otra parte, no se configura en casos como el que tiene relación con este cargo, ya que una cosa es dejar de computar lo computable o computar lo que no se podía hacer, que es la situación fáctica planteada, y otra, muy diferente, que exista una equivocación en una operación aritmética que termina un resultado electoral, lo que en el caso presente no se ha demostrado.

Finalmente, el principio de la eficacia no se puede invocar para pedir que se compute lo que no podía ni debía hacerse por carecer las actas de las firmas de tres jurados, al menos, ya que —como bien lo observa el tribunal— no se trata de decidir sobre la aplicación de una de dos normas contradictorias o que admitan varias interpretaciones, con desconocimiento de lo libremente expresado por el elector.

IV. *Al computarse varias mesas del puesto 02 de la zona 13, se configuraron varias nulidades:* a) La 6ª del artículo 223 del C. C. A. (Causales 3ª y 7ª del art. 192 del C. E.); b) La misma sexta (Causal 7ª del art. 192 del C. E.); c) La del mismo numeral 6º (Causal 8ª del art. 192 del C. E.); d) La del numeral 1º del artículo 223 del C. C. A.; e) La del numeral 2º del artículo 223 del C. C. A.; y, f) La del numeral 4º del artículo 223 citado.

En cuanto a la primera, la Sala comparte la apreciación del tribunal: "Si bien es cierto que en dicho formulario o acta de introducción de documentos electorales los claveros dejaron como observación que las actas de las mesas, estaban sin la firma de los jurados (fl. 46, cuaderno 1, expediente 4997), también lo es que dicha afirmación fue desvirtuada por la Comisión Escrutadora Auxiliar de la zona 13", que da fe que en el escrutinio aparecieron las actas con más de tres firmas de los jurados. Este argumento, el apelante no trata, al menos, de contradecirlo al ejercitar el recurso.

Por lo que hace a la segunda, tampoco el apelante trata de contradecir el argumento del tribunal, según el cual: La existencia de un ejemplar del acta de escrutinio, ameritaba el escrutinio de la mesa, y la Comisión Escrutadora dio fe del hecho de haber aparecido, fueron entregadas e introducidas oportunamente al arca triclave.

En cuanto respecta al cargo del literal c) (Causal 8ª de nulidad del art. 192 del C. E.), aun cuando realmente es cierto y evidente que las actas de los jurados de las mesas de votación, se extendieron y firmaron en sitio diferente al lugar en donde funcionaron aquellas, en razón de haberse presentado actos que interfirieron o impidieron los escrutinios, debe decirse que, como reiteradamente lo ha expresado esta Corporación, la causal de reclamación y de nulidad —hoy tan solo de reclamación— tiene como razón de ser la de evitar que el recuento y registro de votos se haga de manera subrepticia, es decir, a ocultas, a escondidas, con lo cual se facilite y haga posible el cambio de votos, o cualquier maniobra que sirva para adulterar o tergiversar la voluntad de los electores consignada en las urnas, y que, por el contrario, realizándose el recuento de los votos y extendiéndose el registro que contenga el resultado en el mismo sitio en que la mesa funcionó, o donde deba funcionar, por mandato legal, la corporación escrutadora, ello se efectúa a la vista del público en forma tal que todos puedan observar las operaciones realizadas por el jurado o corporación y tomar nota de los resultados, con lo cual se hace difícil,

si no imposible las maquinaciones o intrigas para burlar a los electores. Si razón y motivo de la norma en análisis son las que se dejan expuestas, ella no debe aplicarse en forma puramente mecánica, más cuando mediaron circunstancias de caso fortuito que impidieron el escrutinio por los jurados por lo que lo realizaron las Comisiones Escrutadoras Auxiliares, pues daría ocasión para desconocer arbitraria e inútilmente la voluntad ciudadana libremente expresada y anotada en las actas de registro de sufragantes con sujeción a la verdad, lo que ciertamente no quiere ni desea el legislador, y de allí, que en normas posteriores al artículo 196 del Código Contencioso de 1941, en las sucesivas leyes dictadas a partir de la 28 de 1979, haya venido teniendo en cuenta la "injustificada" realización del hecho o la "justificada certificación" dada por el respectivo funcionario electoral.

En el caso en estudio, correspondió —justificadamente— a la Comisión Escrutadora Auxiliar realizar el escrutinio, en su sede, lugar o sitio diferente a aquel en donde funcionaron las mesas, por los hechos violentos acontecidos en el momento en que se adelantaban por los jurados de votación, cuestión que lo justificaba y, que, permitía allí sí la aplicación del principio de la eficacia del voto.

Por ello, tampoco prospera el cargo.

En cuanto al cargo del literal d), o sea, la alegada violencia ejercida contra los escrutadores, no se da, porque, como bien lo observa el *a quo*, si bien es cierto hubo violencia después de terminada la jornada de votación que interfirió el acto de escrutinio, también lo es que, según el artículo 163 del Código Electoral, el escrutinio debe hacerse por las Comisiones con base en las actas de los jurados de votación que aparezcan en el arca triclave, que fue lo que en efecto se realizó por la Comisión Escrutadora respecto de las mesas censuradas de la zona 13, y por cuanto, es claro, además, que esos actos de violencia no se realizaron directamente contra los escrutadores para lograr de ellos plasmar en las actas unos resultados diferentes a los que arrojaba el recuento de las papeletas.

Por lo demás, no aparece demostrado plenamente que las papeletas de una mesa de votación se hayan mezclado con las de otra u otras.

Por ello, tampoco prospera el cargo.

Cargo del literal e); los registros de las mesas son falsos o apócrifos, puesto que son falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación. El *a quo* dice que sobre el particular sólo se afirmó, pero no se probó, y el recurrente no ha tratado, al menos, de desvirtuar lo afirmado por el tribunal.

No prospera tampoco.

Por último, en relación con el cargo del literal f), o sea, que, por todo lo anterior, se violó el sistema electoral vigente, la Sala no sólo comparte lo expresado por el tribunal, sino que reitera su planteamiento sobre el alcance de esta causal de nulidad en la forma como estaba consagrada antes de la expedición de la Ley 62 de 1988.

Debe, pues, confirmarse la sentencia en cuanto a este cargo.

V. *Las actas de escrutinio de las mesas indicadas de la zona 04, de la 09 y 15, nunca fueron introducidas al arca triclave (causal 7ª del art. 192 del C. E., en concordancia con la 6ª del art. 223 del C. C. A.).*

El tribunal sostiene en su sentencia que no se cumplieron las previsiones de la referida causal, por cuanto los pliegos sí fueron introducidos oportunamente en el arca triclave, conforme lo afirmaron las respectivas Comisiones Escrutadoras Auxiliares en los actos de escrutinio, y que, una cosa diferente es que en dichos pliegos o documentos no formara parte el acta de escrutinio, irregularidad que sanearon o subsanaron haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 165 del C. E.; o sea, solicitándola a uno de los destinatarios de los otros ejemplares del acta, que fue lo que hicieron realmente para escrutar las mesas *sub examine.*

Sobre este particular, esta Sección se ha pronunciado en numerosas oportunidades, expresando que no se puede invocar esta causal, o mejor, que ella no se configura cuando aparece un acta de un color diferente al que debiera tener, según la ley, la que en ella se debe depositar, o cuando no apareciendo, de ningún color se hace uso de la facultad de pedir una copia a uno de los otros destinatarios y sobre ella proceder a escrutar, pues la ley electoral colombiana le da a los cuatro ejemplares del acta el mismo valor. Por consiguiente, el criterio del tribunal es el mismo que ha adoptado esta Corporación, dentro de una sana hermenéutica jurídica, y, por ello, el cargo no está llamado a prosperar.

VI. *Las actas de escrutinio de las Comisiones de las zonas 02, 04, 07, 09, 10, 11 y 13 están afectadas de la causal de nulidad prevista en el numeral 4º del artículo 223 del C. C. A., porque todos los votos se computaron con violación del "sistema electoral"*, porque, en primer lugar, las Comisiones desatendieron el procedimiento señalado en el artículo 172 del C. E., guiándose por el procedimiento señalado para las Comisiones Escrutadoras Principales, y, en segundo término, las actas se extendieron y firmaron en lugar distinto de aquel en donde debían funcionar, pues no se expidieron las resoluciones pertinentes.

Sobre lo primero, está de acuerdo la Sala con el tribunal cuando dice que ese hecho no está consagrado expresamente como causal de

nulidad y que, por lo demás, con ello no se desconoce nuestro sistema electoral; antes, por el contrario, el recuento de votos materia de la censura constituye un ejemplo evidente de varios de los principios orientadores de la actuación administrativa electoral. Además, cabe reiterar lo dicho por esta Sala, respecto a cargo similar, sobre lo que constituye, según su entender, el desconocimiento del sistema electoral.

Sobre lo segundo, que el apelante no trata siquiera de desvirtuar en su escrito de apelación, el *a quo* dijo que la censura "está desprovista de fundamento dado que en la etapa probatoria se logró establecer que los escrutinios y la extensión y firma de las actas correspondientes se realizaron en los locales de las Registradurías Auxiliares de las zonas 02, 04, 07, 09, 10 y 13. Dan fe de ello los testimonios de los Registradores Auxiliares de las zonas ... En lo tocante al señalamiento del lugar o local cabe poner de presente que no es menester que el Registrador Auxiliar expida un acto administrativo escrito —una resolución— para su determinación, puesto que el artículo 160 del Código Electoral exige que 'previamente lo señale', o sea, que puede ser a través de un acto escrito u oral, modalidad de decisión ésta última que se dio en el caso *sub examine*... En conclusión, debe rechazarse el cargo anterior".

La Sala comparte el planteamiento precedente, y por ello el recurso no está llamado a prosperar en cuanto al cargo.

VII. Las mesas indicadas en el cargo por el demandante se encuentran afectadas de las siguientes nulidades: a) La del numeral 6º del artículo 223 del C. C. A. (causal 3ª del art. 192 del C. E.); b) La del numeral 2º del mismo artículo 223 precitado; y c) La del numeral 4º del artículo 223 del C. C. A.

Literal a): El tribunal rechaza el cargo por cuanto, de un lado, aplica la teoría de la "purga de ilegalidad", y de otro, "la reclamación carece de eficacia probatoria dado que el dictamen pericial en que descansa no puede ser apreciado ya que no se terminó el trámite incidental previsto en el artículo 238 del C. de P. C., habida cuenta que del escrito de objeción al mismo no se le dio traslado a las demás partes conforme lo manda el ordinal 5º de dicho artículo".

Realmente —como lo observa el tribunal— no se terminó el trámite incidental a que se refiere en relación con el susodicho dictamen pericial, lo cual merece la censura de la Sala, pues no hay una explicación sobre el particular, a menos que ella sea o consista en la dilación del período probatorio y la consiguiente del proceso, recurso a que acudieron varias de las partes en el mismo. Y como no culminó dicho trámite incidental, es evidente que la prueba pericial no podía ser —ni lo puede ser ahora— apreciada por el juez, ya que no se surtió con el lleno de las formalidades legales. Pero es que, además, cabe observar en relación con el dictamen lo siguiente, que hace que

tampoco pueda ser apreciado: 1. Los peritos dictaminan sobre las mesas de la zona electoral 13, como se solicitó en la demanda de este actor y se decretó por el magistrado conductor del proceso, no obstante que el cargo no se formula, tanto en los hechos como en el capítulo de fundamentos de derecho, contra las mesas de dicha zona, a las cuales sólo se refiere el demandante en una de las pretensiones de su libelo. En otras palabras, no obstante que en la demanda se impetra la nulidad de las mesas de votación de la zona 13, en los hechos de la misma y en el capítulo de "fundamentos de derecho de las pretensiones" no se dice nada en relación con las mismas mesas de esa zona, y los peritos extienden su dictamen a ellas. 2. Hay, por lo menos, una afirmación que no corresponde a la realidad: Los peritos dicen en relación con la mesa 15, puesto 1, zona 04, que "en todos los documentos electorales hay cuatro o más firmas" (ver hoja 9 del dictamen, expediente 4997, cuaderno 1 *bis*, fl. 269), y la Sala, al examinar el sobre contentivo de los documentos electorales de esa mesa, encuentra el acta número E-6 (formulario color azul) que sólo contiene dos firmas de los jurados de votación; la del presidente y la del vicepresidente de la mesa.

Como ese ejemplar del acta indicada, es un documento público allegado regularmente al proceso, con fundamento en lo que aparece en él, habrá de declararse la nulidad de los votos emitidos en dicha mesa 15 del puesto 01, zona 04 y ordenarse su exclusión del cómputo general, por configurarse la causal 3ª del artículo 192 del C. E., en armonía con el numeral 6º del artículo 223 del C. C. A. —en la forma como estaba antes de su subrogación por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988—, previa revocatoria de la sentencia en cuanto a este cargo.

Literal b): Al desecharse el dictamen pericial, con el cual se pretendió demostrar el cargo de falsedad o apocrifidad de los elementos que sirvieron de formación a los registros electorales, por lo expuesto anteriormente, el cargo no está llamado a prosperar, pues no se estableció o demostró. La sentencia, en este aspecto, entonces, debe ser confirmada.

Literal c): Violación del "sistema electoral", por haberse practicado recuento de votos por las Comisiones Escrutadoras Auxiliares.

No está, tampoco, llamado a prosperar por las consideraciones expuestas al analizar el sexto cargo formulado: El hecho no está expresamente consagrado como causal de reclamación o nulidad, y, por lo demás, esa irregularidad no constituye violación del "sistema electoral" colombiano.

VIII. *Se incurrió en la causal 4ª del artículo 223 del C. C. A. y en la 6ª* ibídem, *por cuanto se violó el sistema electoral colombiano y se incurrió en error aritmético (causal 11 del art. 192 del C. E.), al sumarse al candidato Gustavo Certaín D. más votos de los que realmente obtuvo.*

Como el cargo tiene relación con otros ya analizados con anterioridad respecto a las apelaciones hasta ahora decididas y sobre los cuales se llegó a unas conclusiones que se adoptarán en la parte resolutiva de esta sentencia, y, por otra parte, no se especificó concretamente, en cuanto a este cargo, los casos en que el alegado error aritmético se dio, la Sala se abstiene de considerarlo.

En *conclusión:* De los cargos formulados por este demandante, sólo tiene vocación de prosperidad el literal a) del séptimo cargo, como se ha visto.

5. *El recurso de apelación interpuesto por el demandante Alvaro José Rosales Donado.*

Como se rectificó por la Sala lo relativo a la aplicación de la teoría de la "purga de ilegalidad", como se dejó expuesto al estudiar y decidir el recurso de apelación ejercitado por el apoderado del demandante Certaín Duncan, habrá necesidad de entrar a analizar todos y cada uno de los cargos formulados por este demandante-recurrente, para ver si se encuentran comprobados o no, así:

I. *Las actas de las mesas 2 a 21 del puesto 02 de la zona 13, indicadas en el libelo, están afectadas de las siguientes causales de nulidad:*

a) La prevista en el numeral 1º del artículo 223 del C. C. A., "por haberse ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o haberse destruido éstas por causa de violencia".

En relación con este cargo, como ya lo dijo anteriormente la Sala al referirse a idéntico cargo formulado contra las mismas mesas del puesto 02 de la zona 13 por el demandante Juan Montes Hernández, es claro que los actos de violencia —hecho notorio en la ciudad de Barranquilla y en otras ciudades del país por el despliegue periodístico que se le dio— no se realizaron directamente contra los escrutadores que dejaron de efectuar el recuento de votos, para obtener de aquellos que dejaran constancia en las respectivas actas de resultados diferentes a los que arrojaba el recuento de las papeletas. Por lo demás, como lo observa el *a quo*, al aparecer en el arca triclave un ejemplar del acta de escrutinio con más de tres firmas, ello permitió a los Delegados del Consejo Nacional Electoral y a éste, escrutar las mesas indicadas en el cargo, de lo que da cuenta la Resolución 23 de abril 4 de 1988 de los primeros y el acuerdo acusado del último.

b) La prevista en el numeral 2º *ibídem:* Falsedad o apocrifidad de los registros y de los elementos que sirvieron para su formación.

Realmente los hechos constitutivos de esta causal, alegados por este demandante, no se demostraron en el curso del proceso, y la

alegada violencia —que no existió contra los escrutadores— no puede servir, como lo pretende el recurrente, para demostrar la falsedad o la apocrifidad, como tampoco que los elementos para la formación del registro hayan sido recogidos por determinadas personas para hacer entrega de ellos a las autoridades electorales. Se necesitaba demostrar, plenamente, la falsedad o la apocrifidad, lo que, se repite, no se hizo, ni la puede deducir el juez administrativo por los hechos y circunstancias alegadas.

c) La causal 4ª del artículo 223 del C. C. A.: Haberse violado el sistema electoral, en razón de no haberse entregado los pliegos electorales por los presidentes de las mesas a los señores claveros.

Sobre esta causal, en la forma como estaba consagrada en la norma indicada antes de su modificación por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, la Sala reitera su criterio, según el cual no todo vicio o irregularidad acontecido en la vía gubernativa-electoral, implica o conlleva la declaratoria de nulidad de los registros electorales con base en la precitada causal 4ª, ahora modificada, para hacer claridad: El hecho determinante de la nulidad debe estar consagrado expresamente en la ley electoral o en el estatuto contencioso administrativo, como cuando se habla en su artículo 84 del vicio general de incompetencia, de desviación de poder, de falsa motivación, de expedición irregular, etc. De lo contrario, sobrarían las demás normas consagradas en la misma ley electoral, diferentes a la prevista en la susodicha causal 4ª del antiguo artículo 223 del C. C. A.

Por lo demás, se comparte las apreciaciones del *a quo* sobre el particular.

d) Las causales 3ª, 4ª y 7ª del artículo 192 del C. E. (causal 6ª del art. 223 del C. C. A.).

El demandante-apelante, en su escrito sustentatorio del recurso, no expresa las razones de su disconformidad en relación con lo decidido por el tribunal en cuanto hace relación a este aspecto, especialmente en cuanto a que las actas de escrutinio sí están firmadas por tres jurados, al menos, y ello hace presumir que comparte la decisión en ese particular. Lo propio cabe observar en cuanto a las causales 4ª y 7ª del artículo 192 del C. E.

Por lo expuesto, el cargo no está llamado a prosperar, y deberá confirmarse la sentencia apelada.

II. *En las mesas 2 a 21 del puesto 02 de la zona 13; 10 del puesto 02 de la zona 07;* y, *3, 8 y 21 del puesto 02 de la zona 02, se incurrió en la causal 4ª del artículo 223 del C. C. A.* (violación del sistema electoral colombiano), por no haberse enviado los ejemplares del acta de dichas mesas a la Registraduría Municipal del Estado Civil, a los Delegados Departamentales del Registrador Nacional y al Tribunal Administrativo.

Se reitera lo dicho por la Sala sobre el particular: No toda irregularidad en el proceso electoral constituye o configura la causal de nulidad de "violación del sistema electoral" colombiano. En este caso, por lo demás, teniendo el mismo valor legal los cuatro ejemplares del acta de escrutinio realizado por los jurados, sí aparece un ejemplar de los cuatro —como ocurrió en el caso *sub judice*—, el escrutinio zonal o municipal puede y debe hacerse con base en el mismo, aun cuando, se repite, no aparezcan los otros tres ejemplares.

Por lo expresado, tampoco prospera el cargo, y deberá confirmarse la sentencia apelada.

III. *En las mesas 1 a 21 del puesto 01 de la zona 04 se dio la causal 2ª del artículo 223 del C. C. A., por ser falsos o apócrifos los registros y sus elementos de formación.*

El *a quo* expresa que el cargo que se aduce con fundamento en el hecho de que las inscripciones de votantes se hicieron con huellas digitales falsas o apócrifas, es infundado, puesto que ninguna prueba se allegó al efecto en el proceso.

El demandante-recurrente, en su escrito de apelación, no expresa las razones de su disconformidad con lo manifestado y decidido por el tribunal en relación con este cargo, lo que hace presumir su conformidad con la sentencia, en cuanto a este aspecto.

IV. *Las mesas del puesto 01 de la zona 04 indicadas en la demanda, están afectadas de nulidad por la causal 4ª del artículo 223 del C. C. A.* (violación del sistema electoral), *y por la causal 3ª haber sufrido alteraciones sustanciales después de firmados los registros por los miembros de la Corporación que los expide.*

En realidad de verdad, esta acusación se refiere al segundo —y no al cuarto— cargo formulado por el demandante-recurrente, por lo que tiene razón el recurrente en su afirmación que hace de que hubo una transtocación en los cargos. El que trata el tribunal como segundo cargo, hace parte del primer cargo, y por ello la Sala ahora debe referirse al que realmente es segundo cargo del demandante, así:

Dice el apelante que la conclusión del tribunal es infundada porque en el expediente reposan los formularios E-50, en los cuales la Comisión Escrutadora dejó constancia con relación a todas y cada una de las mesas de votación impugnadas, y por ello debe decretarse la nulidad.

El cargo no está llamado a prosperar, por cuanto, de un lado, aparece claro que los miembros de la Comisión Escrutadora de la zona, en cuanto hace relación a las mesas 2, 9, 17 y 19 no dejan constancia, en la correspondiente acta, de la existencia de tachaduras o

enmendaduras en las cifras de los votos que obtuvo cada candidato a la alcaldía, y en segundo término, por cuanto en lo que respecta a las mesas 05, 15 y 18, de lo que dejan constancia los integrantes de la Comisión Escrutadora zonales, es que el número de votos que aparecen, no coincide con el que aparece en el acta (formulario E-6), por lo cual se hace la corrección por la Comisión. En otras palabras, la Comisión Escrutadora, finalmente, en su acta o formulario, basada en el recuento de votos que seguramente realizó, anota el número de votos que obtuvo cada candidato, rectificando así la anotación de cada uno de los jurados.

En consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar, y deberá confirmarse la sentencia en cuanto a este aspecto.

V. Cuarto cargo del actor: *Las actas de las Comisiones Escrutadoras auxiliares de las zonas 04 y 10, están afectadas de nulidad, conforme al artículo 192 del C. E.* (causal 6ª del art. 223 del C. C. A.), *por haberse extendido y firmado en sitio distinto del lugar o local donde debían funcionar.*

Ya se dijo al estudiar idéntico cargo formulado contra las mismas mesas de las mismas zonas 04 y 10, en el proceso instaurado por el doctor Juan Montes Hernández, que el acta de escrutinio de las referidas Comisiones Escrutadoras zonales se extendió y firmó en el local de las respectivas registradurías auxiliares, según el testimonio rendido por los registradores, y que el señalamiento del sitio se hizo por medio de acto administrativo verbal, pues la ley no impone que ese acto administrativo sea escrito y, de otro lado, según la doctrina y la jurisprudencia el acto administrativo puede ser escrito o verbal.

VI. Quinto cargo del actor: *Las mesas 1 a 19 del puesto 01 de la zona 13, 1 a 31 del puesto 05 de la zona 09 y 1 a 14 del puesto 02 de la zona 11, funcionaron en sitios o lugares no autorizados conforme a la ley* (causal 1ª del art. 192 del C. E., en conc. con el numeral 6 del art. 223 del C. C. A.).

Como se expresó por el señor Fiscal del Tribunal Administrativo, no aparecen en los expedientes acumulados, documentos que permitan establecer con certeza el hecho de que, efectivamente, las mesas de votación atrás indicadas funcionaron fuera de los sitios designados previamente: Zona 09, puesto 5 (inspección silencio, carrera 74B carrera 26); zona 11, puesto 2 (inspección ciudad Modesto, calle 77, vía 14); y, zona 13 (Parque Sagrado Corazón, calle 82, carrera 42E), en cuanto al puesto 01, pues aun cuando se solicitó la certificación correspondiente a la Registraduría Nacional, ella no llegó al proceso.

Por ello el cargo no está llamado a prosperar, y debe confirmarse la sentencia apelada en cuanto a él.

VII. Sexto cargo del actor: *Al no ser escrutadas la mesa 9 del puesto 4 de la zona 09; 14 del puesto 02 de la zona 09; 18 del puesto 01 de la zona 14; 8 y 10 del puesto 02 de la zona 14; 5 del puesto 03 de la zona 14,* y *16 del puesto 04 de la zona 14,* se incurrió en la causal 4ª del artículo 223 del C. C. A., por cuanto se desconoció o quebrantó el "sistema electoral" colombiano.

Sobre este cargo, la Sala debe observar: a) Del acta de la Comisión Escrutadora de la zona 09, aparece en forma fehaciente que las mesas 9, puesto 4, y 14, puesto 2, sí fueron escrutadas en cuanto a alcalde respecta. Por tanto, carece de fundamento el cargo; b) Realmente la mesa 18, puesto 01 de la zona 14, no fue escrutada; empero, una razón de orden legal hubo para ello: Los jurados encontraron que "no se computó esta mesa en cuanto a (sic) las actas sólo aparecieron dos firmas de los jurados (sic)"; c) La mesa 8 del puesto 02, no se escrutó por cuanto, según la Comisión, "sólo aparecen dos firmas de los jurados de votación en el acta de escrutinio de los jurados"; d) La mesa 10 del puesto 02 de la zona 14 no fue escrutada por cuanto los integrantes de la Comisión encontraron que "el acta de escrutinio de los jurados de votación (formulario E-6) tiene menos de tres (3) firmas"; e) La mesa 16 del puesto 04, no fue escrutada en cuanto hace relación a alcalde, por cuanto "las actas tampoco aparecen suscritas por los jurados", "por ninguno de los jurados que intervinieron", razón por la cual se dipuso dar traslado a los Delegados del Consejo Electoral para lo de su cargo"; y, f) En cuanto a la mesa 005 del puesto 03 de la misma zona, como al revisar la Comisión el acta de escrutinio se observó, en cuanto a alcalde, que no presenta "resultados en números", a petición de uno de los representantes de un candidato al Concejo, se procedió al recuento de votos, dando los resultados que se expresan en la hoja o página 59 del acta, parte final.

De acuerdo con ello, en síntesis, se tiene que algunas de las mesas impugnadas sí fueron escrutadas por la Comisión auxiliar de la respectiva zona, y que otras no lo pudieron ser, por la precisa circunstancia de que el acta no estaba suscrita por tres jurados de votación, al menos, como lo prescribe la ley, no existiendo, en consecuencia irregularidad o causal de nulidad alguna. Por lo dicho, el cargo no está llamado a prosperar, y por ello la sentencia deberá ser confirmada en este aspecto.

VIII. Séptimo cargo del actor: *La nulidad de la actuación administrativa electoral por la intervención en ella del senador principal Hugo Escobar Sierra, como apoderado especial del candidato-demandante Gustavo Certaín Duncan* (art. 1º, literal d, de la Ley 11 de 1973, en concordancia con el numeral 4º del art. 223 del C. C. A.).

En cuanto a este cargo, la Sala se remite a lo expresado y decidido sobre el cargo idéntico o similar formulado por el demandante Juan Montes Hernández, o sea, que un senador principal sí puede inter-

venir en la actuación administrativa electoral, y que, en consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, no están llamados a prosperar ninguno de los cargos formulados por este demandante-recurrente, y, en consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia en este aspecto.

6. *La prueba de oficio.*

Durante la segunda instancia del proceso, surtida ante esta Corporación, algunos de los demandantes solicitaron el decreto y práctica de determinadas pruebas y, en subsidio, que ellas se decretaran por el consejero conductor del proceso o la Sala de Decisión, haciendo uso para ello del poder de decretarlas de oficio.

Ese decreto y práctica de pruebas fue negado expresamente en providencia ejecutoriada, por no existir término probatorio en la segunda instancia del proceso o juicio electoral. Pero como en aquella se dijo que esa determinación se adoptaba sin perjuicio de la facultad de la Sala de Decisión de decretar la prueba de oficio en su oportunidad, si la consideraba necesaria para resolver, en derecho, los recursos de apelación ejercitados, conviene expresar que la Sala de Decisión así no lo ha considerado pertinente, por las siguientes *razones:*

a) Según, el inciso tercero del artículo 169 del C. C. A. "en la segunda instancia sólo podrán decretarse pruebas de oficio, por una sola vez, con el fin de aclarar los *puntos dudosos u oscuros de la contienda*" (se subraya), pero en el caso *sub judice* la Sala no encuentra ese punto o puntos dudosos u oscuros que deban aclararse para adoptar su decisión. Encuentra que los solicitantes de las pruebas —algunas de ellas directamente aportadas por los recurrentes—, lo que pretenden es contraprobar o controvertir la prueba o pruebas que fueron allegadas regularmente al proceso por otra de las partes y en las cuales se fundó la decisión del *a quo*, y ello no es jurídicamente viable, so pretexto de buscar el ejercicio de la facultad del juez de decretar oficiosamente, a través de un auto para mejor proveer, la prueba en orden a aclarar puntos oscuros o dudosos.

Por otra parte, como bien lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, el auto para mejor proveer no puede servir para suplir la falta de actividad procesal de una o varias partes dentro de las oportunidades procesales, sino precisamente, como lo expresa la norma, para aclarar lo dubitativo, lo oscuro.

b) Los casos de doble votación en varias de las mesas de la zona 09, puesto 04, están debidamente comprobados por los señores peritos, quienes respaldan su dictamen con certificación o constancia de los Registradores Especiales del Estado Civil en Barranquilla y fotocopia de las tarjetas alfabéticas de las personas que supuesta-

mente votaron dos veces en la misma mesa o en mesas distintas (cédulas con doble votación).

c) La gran mayoría de los denominados casos de "inconsistencia mala" (cédulas cuyos titulares votaron en mesas en las cuales no podían hacerlo por no figurar su cédula en la lista de sufragantes suministrada por la Registraduría a los jurados de votación), a que se refirieron los peritos González Llinás y Mejía Amador en su dictamen, aparecen confirmados por las certificaciones o constancias expedidas por los Registradores Especiales del Estado Civil de Barranquilla, que anexó el apoderado del demandado en la segunda instancia con la petición de que se tuvieran como prueba —petición no atendible, como se vio—, de las cuales surge que una es la cédula con que se votó y otra la que aparece en el registro de sufragantes de la respectiva mesa.

No se escapa a la Sala que algunas de esas inconsistencias malas, pudieran haber obedecido a un asiento equivocado en uno o varios números de la respectiva cédula, por parte de los jurados de votación; pero ello no se verificó por los señores peritos, con el cotejo de las tarjetas decadactilares o alfabéticas con los nombres y apellidos de las personas que aparecen votando en las mesas, puestos y zonas de votación, por cuanto así no se planteó en el cuestionario del solicitante de la prueba, ni se solicitó, dentro de la debida oportunidad legal, por la parte contra la que se pretendía hacer valer el dictamen, la que sólo vino a impetrarlo con motivo del traslado que se le dio y la objeción que formuló a aquél, momento que los peritos consideraron no era el previsto por la ley procesal para ello, razón que los llevó a no pronunciarse sobre el particular en memorial o escrito de folios 32 y 33 del cuaderno número 24 del expediente 4989. En otras palabras, correspondía al demandado, si quería que el dictamen se extendiera a ese o esos puntos, solicitarlo así de los peritos en el término de fijación del proceso en lista o durante la diligencia de inspección judicial, para con ello buscar disipar la duda o desvirtuar el cargo; sin embargo, se repite, así no lo hizo oportunamente, y cuando se vino a dar cuenta de ello, ya no era viable la solicitud formulada como *explicación, aclaración o complementación,* como se hizo.

En síntesis, que las pruebas allegadas al proceso en la segunda instancia, no podrán ser tenidas en cuenta para resolver, por cuanto, de un lado, con ellas no se trata de aclarar un punto oscuro o dudoso de la contienda, que es el único objetivo del auto para mejor proveer —aceptando su procedencia en los procesos electorales, lo que es controvertible—, sino de prueba nueva con la que se busca controvertir la prueba regularmente practicada y allegada al juicio, y por cuanto, de otro lado, los documentos públicos allegados por el apoderado del demandado, durante la segunda instancia del proceso —no ordenadas tener como prueba—, no contribuyen, en muchos de los casos, a disi-

par la duda antes expuesta, ni a desvirtuar el cargo que sirvió de fundamento a la anulación de las mesas de la zona 09, puesto 04, por parte del tribunal. Esos documentos demuestran que, en muchos casos, una es la cédula con que determinada persona aparece sufragando y otro es el número de la cédula con que realmente se podía votar, sin que sea posible determinar de los mismos, si en varios de esos casos la cuestión simplemente obedeció a un error de anotación de parte de los jurados de votación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y parcialmente de acuerdo con él,

Falla:

1º Confírmase el numeral primero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, con fecha junio diecinueve (19) de 1989, en cuanto por él se declaran no probadas las excepciones propuestas por el demandado en los procesos electorales promovidos por Gustavo Certaín Duncan, Alejandro Orjuela Hernández y Asociación Nacional de Abogados Litigantes "ANDAL".

2º Confírmase el numeral segundo de la misma sentencia, en cuanto declara la nulidad parcial del Acuerdo número 12 de 17 de mayo de 1988, proferido por el Consejo Nacional Electoral, por cuyo artículo 9º declaró elegido al ciudadano Jaime Pumarejo Certaín como alcalde mayor del Municipio de Barranquilla, para el período de 1º de junio de 1988 al 31 de mayo de 1990.

3º Confírmase el numeral tercero de la misma sentencia, en cuanto por él se declaran igualmente nulos los registros electorales de las mesas 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18 y 20 del puesto de votación número 04 de la zona 09 de Barranquilla.

4º Revócase el mismo numeral tercero de la precitada sentencia, en cuanto por su inciso segundo se declaran nulos los registros electorales de las mesas 01, 02, 03, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 15, 17 y 19 del puesto de votación número 04 de la zona 14 de Barranquilla.

5º Declárase la nulidad del registro electoral correspondiente a la mesa 15, puesto 01 de la zona 04 de Barranquilla, por no estar firmado por tres jurados, al menos.

6º Ordénase la rectificación de los resultados de la votación para la alcaldía municipal de Barranquilla, en cuanto hace relación a los candidatos por el Partido Liberal, Gustavo Certaín Duncan y Jaime Pumarejo Certaín, determinados en el Acuerdo número 12 de mayo

17 de 1988, proferido por el Consejo Nacional Electoral (pág. 37 del Acuerdo), resultados que verificada la corrección del error aritmético, quedan así:

PARA LA ALCALDIA DE BARRANQUILLA

Candidatos	*Votos*
Por el Partido Liberal	
Certaín Duncan Gustavo	125.600
Pumarejo Certaín Jaime	125.728
Romero Mendoza Iván Rafael	4.205
Zúñiga Palacios Danilo	40
Total votos liberales	255.573

7º El numeral 4º de la parte resolutiva de la sentencia de junio diecinueve (19) de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro de los procesos acumulados de la referencia, quedará así:

Como consecuencia de las nulidades anteriormente declaradas y de la rectificación de los resultados de la votación para la alcaldía municipal de Barranquilla ordenada por esta Corporación en el numeral precedente, se ordena la práctica de un nuevo escrutinio de los votos para Alcalde Mayor de Barranquilla para el período legal de junio 1º de 1988 a mayo 31 de 1990, en el cual, partiendo del resultado corregido de la votación, o sea, 125.728 para el candidato Jaime Pumarejo Certaín y 125.600 para el candidato Gustavo Certaín Duncan, se excluirán los votos emitidos en las mesas de votación de los puestos de votación número 04 de la zona 09 y 01 de la zona 04 de Barranquilla, relacionadas en los numerales tercero (3º) y quinto (5º) de la parte resolutiva de esta sentencia. Para la práctica del mismo, se señala la hora de las 9:00 a.m. del cuarto (4º) día hábil siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia.

8º Confírmase el numeral 5º de la parte resolutiva de la sentencia apelada proferida en este proceso por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

9º Confírmase el numeral 6º de la parte resolutiva de la misma sentencia apelada.

10. Se niegan las restantes súplicas de la demanda promovida por el ciudadano Gustavo Certaín Duncan.

11. El numeral 8º de la parte resolutiva de la sentencia apelada, quedará así:

Se deniegan las súplicas de las demandas promovidas por Alejandro Orjuela Hernández y la Asociación Nacional de Abogados Liti-

gantes "ANDAL", y Alvaro José Rosales Donado. E igualmente, las pretensiones de la demanda instaurada por Juan Montes Hernández, salvo a la que se contrae el numeral 5º de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen, una vez ejecutoriada.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Miguel Viana Patiño,* Conjuez.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MAYORIA ABSOLUTA / MITAD MAS UNO / CORPORACION PUBLICA / QUORUM DECISORIO

Siendo casi imposible alcanzar la unanimidad y aún hasta una mayoría calificada, se han consagrado fórmulas que estatuyen un mínimo de adhesión para la toma de decisiones como requisito de validez que las hace obligatorias. Ese mínimo lo establece nuestra Carta Política en la exigencia de la mitad más uno de los integrantes de la respectiva Corporación, mínimo determinable por defecto y no por exceso, sobre la cantidad que resulta de dividir por dos, más la unidad, el número de sus miembros.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., nueve de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número E-0333. Actores: Bladimiro Molina Vergel y Guillermo Pérez López. Recurso de apelación contra la sentencia de fecha mayo 18 del año en curso, proferida por el honorable Tribunal Administrativo del Tolima, en proceso adelantado por demanda de nulidad del acto declaratorio de la elección de vicepresidentes, primero y segundo, y secretaria general del honorable Concejo Municipal de Mariquita.

Por apelación que interpuso en oportunidad el apoderado de la parte actora, constituida por los señores Bladimiro Molina Vergel y Guillermo Pérez Flórez, el primero de ellos concejal principal del Municipio de Mariquita, conoce la Corporación de la sentencia de la referencia, en virtud de la cual el honorable Tribunal Administrativo del Tolima denegó las peticiones de la demanda.

Tramitada la segunda instancia en legal forma y no observando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se decide lo que en derecho corresponde, partiendo del examen de los siguientes

Antecedentes:

I. *De la demanda. Las pretensiones y sus fundamentos de hecho y de derecho.*

I.1. Se solicita declarar la nulidad del acto de elección realizado por el honorable Concejo Municipal de Mariquita en la instalación de las sesiones ordinarias de agosto de 1988, verificada el 1º de dicho mes, en cuanto con los votos de solo siete (7) concejales principales fueron declarados electos Alberto Martínez, Raquel Sierra de Vélez y Mariela Forero de Ardila, como vicepresidentes primero y segunda, y secretaria, en su orden, de la corporación edilicia, esta última con período de dos (2) años. Además, se pide declarar la responsabilidad solidaria de los concejales que intervinieron en la elección de la señora Forero de Ardila, en los términos del artículo 102 del Decreto 1333 de 1986, ordenando al alcalde repetir contra ellos por los pagos que a la citada empleada se hubieran hecho con cargo al Tesoro Municipal.

I.2. Los fundamentos fácticos de la acción se hacen consistir en que estando integrado el honorable Concejo Municipal de Mariquita por trece (13) cabildantes principales, elegidos siete por el "Comando Liberal del Pueblo"; dos, por el "Directorio Liberal Oficial Jaramillista"; dos, por el "Movimiento Nuevo Liberalismo Alianza Ciudadana"; uno, por el "Movimiento Unión Patriótica"; y uno, por el "Movimiento de Acción por Mariquita", todos con sus respectivos suplentes, a la instalación de las sesiones ordinarias del mes de agosto de 1988 asistieron únicamente once (11) principales, sin que los dos restantes se hubieran excusado en legal forma.

Con la presencia de esos once concejales fue elegido presidente de la Corporación el señor Ramiro Halima Peña, quien obtuvo siete votos por cuatro a favor de otro candidato, ocurriendo que cuando se procedió a elegir a los miembros restantes de la Mesa Directiva y a proveer la secretaría del Cabildo, cuatro de los concejales asistentes se retiraron de la sesión, no obstante lo cual quienes permanecieron en el recinto, es decir, siete (7) concejales principales, efectuaron por unanimidad las elecciones para las vicepresidencias primera y segunda y la secretaría del Concejo.

I.3. Estas últimas elecciones que recayeron, como atrás se vio, en Alberto Martínez, Raquel Sierra de Vélez y Mariela Forero de Ardila, como vicepresidentes primero y segunda, y secretaria de la Corporación, en su orden, son consideradas por la parte actora violatorias del artículo 83, inciso 3º, de la Constitución Nacional, y de los artículos 70 y 72 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto "....la mitad más uno de los miembros que componen el Concejo municipal —de Mariquita— es de siete (7) y medio (½) y como la realidad no existe media persona el *quórum* para decidir es ocho (8), y además el artículo 70 del Decreto 1333 de 1986, dispone que el *quórum* para decidir es por lo menos de la mitad más uno y no de la mitad más medio...".

Ese concepto de la violación lo refuerza con sentencia de la anterior Sala Electoral del Consejo, proferida el 16 de septiembre de 1987 con ponencia del honorable Consejero Jorge Valencia Arango.

(expediente 123), en la que se sostuvo que la mitad más uno de los integrantes de una Corporación de elección popular, requerida como *quórum* decisorio al tenor de lo previsto en el inciso 3º, artículo 83 de la C. N. y en el artículo 70 del decreto en cita, debe determinarse "por exceso", o sea, agregando ½ unidad, de donde resulta que en corporación integrada por trece miembros la mitad más uno será de ocho (8). Por lo demás, anota que conforme a la previsión del artículo 72 del ameritado Decreto 1333 de 1986, no podían intervenir válidamente los concejales suplentes que estuvieron en el recinto del Cabildo para la aludida sesión de instalación, por cuanto los principales no se excusaron en legal forma, ni se había producido vacancia transitoria o absoluta del respectivo concejal principal.

II. *La sentencia recurrida y su fundamento.*

Considerando que la controversia judicial gira en torno a lo que debe entenderse por la mitad más uno de los integrantes de una corporación de elección popular, *quórum* requerido para decidir, a excepción de aquéllos pronunciamientos en los que se requiere mayoría especial, alude inicialmente el *a quo* al criterio sentado por la anterior Sala Electoral en fallo de 16 de septiembre de 1987, jurisprudencia según la cual ese *quórum*, en las corporaciones de integración impar, se determina aproximando por exceso el medio ½ que resulta de dividir por dos el número de sus integrantes, más uno.

Seguidamente sostiene que ese criterio fue recogido en fallo reciente de esta Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del honorable Consejero Miguel González Rodríguez, por cuanto allí se afirma que la dicha aproximación debe hacerse por defecto y no por exceso. Que entonces, habiendo participado en las elecciones demandadas siete (7) de los trece concejales principales que integran el honorable Concejo Municipal de Mariquita, es indudable que los actos electorales cuestionados revisten entera validez, como adoptados que lo fueron por un número de cabildantes constitutivos de la mitad más uno de dicho cuerpo edilicio.

III. *Fundamentos del recurso de apelación.*

Afirma el recurrente, en primer lugar, que el Decreto 1333 de 1986, actual Código de Régimen Municipal, es ordenamiento que recoge la totalidad de las normas aplicables respecto de la organización y funcionamiento de la administración municipal, siendo sus disposiciones, y ninguna de otro estatuto no incorporada en ese decreto, las que deben regular lo concerniente a las decisiones que tomen los Concejos, que son organismos esencialmente administrativos de carácter municipal. Agrega que el decreto en cita no admite heterointe-

gración con otros estatutos, por ser excluyente, y menos con disposiciones como la del artículo 49 de la Ley 85 de 1916, pues "...si fue una norma atinente al funcionamiento de los Concejos Municipales, está derogada por el código en cita, y si de pronto, de una norma electoral se tratara, ese mismo artículo 49 de la Ley 85 de 1916 está igualmente derogado por el artículo 218 de (sic) Decreto 2241 de 1986".

Concluye que por este aspecto la doctrina invocada en el fallo que recurre, la prementada sentencia de esta Sección Quinta, es errónea, por apoyarse en la previsión del citado artículo 49.

Pasa luego a sostener que la aproximación matemática para determinar el *quórum* de la mitad más uno, cuando se trata de corporaciones públicas de integración impar, "...debe hacerse por exceso, y no por defecto para asegurar una mayor participación ciudadana ya que de esa manera se está abarcando un mayor número de voluntades y menos presente estará la coerción del Estado, porque el cumplimiento de la decisión no resulta de la imposición sino de un amplio acuerdo de las voluntades que conforman la comunidad, lo que impide que una exigua mayoría avasalle o arrase con la voluntad y el interés de un numeroso conglomerado..." (fl. 76 fte.).

A esa conclusión llega con apoyo en lo que denomina "contenido y alcance teleológico de la norma...", deducidos de los principios y valores rectores de la organización político-administrativa del "estado de derecho", que en su concepto es el Estado subordinado a la ley. Y como la ley, sigue diciendo, es la expresión soberana de la voluntad general, resulta que la democracia, "marco y fundamento del estado de derecho", en criterio del recurrente "...no se reduce a una simple operación matemática para establecer una mayoría o una minoría, puesto que si así fuera entonces la ley no sería la expresión soberana de la voluntad general". De allí infiere que "...a mayor participación numérica de los ciudadanos o de sus representantes en la toma de una decisión del Cabildo, cualquiera que ella sea, mayor democracia y expresión más acabada o por lo menos más perfeccionada del estado de derecho; porque responde a su naturaleza, ajena a exclusivismos y al ejercicio de un poder hegemónico..." (fl. 76 fte.).

Luego sostiene que la previsión del artículo 82 de la Constitución Nacional, reproducida por el artículo 70 del Decreto 1333 de 1986, en lo tocante al *quórum* decisorio de la mitad más uno de los integrantes de una corporación de elección popular, interpretada dentro del marco filosófico-jurídico de lo que enseña Kelsen debe ser la democracia, conduce a que se haga la aproximación aludida por exceso, como procedimiento que garantiza cuando menos "...el *mínimun* de adhesión expontánea a las decisiones del Cabildo de un número de voluntades que impiden el disvalor del acuerdo o el ejercicio intenso del poder coercitivo del Estado para alcanzar su cumplimiento..." (fl. 78).

Consiguientemente, dice, es necesario volver por el criterio de la anterior Sala Electoral, o sea, el sostenido en la sentencia de 16 de septiembre de 1987.

IV. *Concepto del colaborador del Ministerio Público.*

El señor Fiscal Séptimo del Consejo de Estado es de concepto que se debe mantener la interpretación jurisprudencial de la sentencia de 31 de agosto de 1988, en la que esta Sección Quinta, con ponencia del honorable Consejero doctor Miguel González Rodríguez, sostiene que el *quórum* decisorio de la mitad más uno, en las corporaciones públicas de integración impar, se obtiene "...mediante la aproximación por defecto del número que resulte de dividir por dos el número de votantes más la unidad...". Deduce, entonces, que las elecciones demandadas se efectuaron con apego a la ley en cuanto al *quórum* requerido, como que se llevaron a efecto con participación de siete de los trece concejales principales del Cabildo de Mariquita. Se manifiesta acorde con el recurrente en cuanto afirma "...que las normas deben interpretarse de conformidad con los principios del Estado de Derecho...", regla de hermenéutica, agrega, que vale también para los Concejos Municipales, "...que por ser corporaciones de elección popular no cuentan, como parece creerlo el recurrente, con la facultad de interpretación de las normas de derecho condicionada a sus propios intereses..." (fls. 93 a 95 fte.).

Consideraciones:

Desde un comienzo se observa, por el contenido de la demanda, que el problema *sub lite* gira alrededor de interpretaciones jurisprudenciales, más que de situaciones fácticas. En cuanto a las últimas, no es materia de controversia que en las elecciones demandadas sólo intervinieron siete cabildantes principales, de los trece que integran el honorable Concejo Municipal de Mariquita, sin que sea menester ocuparte de dilucidar si los concejales suplentes pudieron haber intervenido en las elecciones acusadas, puesto que no lo hicieron.

Ese tema lo propuso el actor como complemento de su alegada invalidez de los actos declaratorios de las elecciones en cuestión, en el sentido de que con los suplentes que concurrieron a la instalación de las sesiones ordinarias del cabildo, el 1º de agosto de 1988, no se pudo reunir *quórum* superior al de los siete principales, que permanecieron en el recinto después del retiro de los otros cuatro que inicialmente concurrieron. De ello, pues, no habrá de ocuparse este proveimiento, habida cuenta que en parte alguna se han aducido concejales suplentes en la toma de las decisiones implicadas en el proceso.

Es que el meollo de la cuestión apunta, exclusivamente, a la disparidad de criterio respecto al entendimiento que debe darse a la

expresión "mitad más uno de los integrantes", como *quórum* decisorio en las corporaciones de elección popular.

En el proceso se arguyen los dos criterios ya reseñados, expuesto uno, el de la aproximación por exceso, en sentencia de la anterior Sala Electoral del Consejo de Estado, de la que fue ponente el honorable Consejero Jorge Valencia Arango. El otro, el de la aproximación por defecto, en sentencia de esta Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien: No obstante advertir la Sala, desde ya, que mantiene su adhesión a este último criterio jurisprudencial, el cual, como se dice en el fallo de 31 de agosto de 1988 (Expediente 0174, actor Mario López Valencia), es el mismo que venía sosteniendo el Consejo de Estado hasta que se produjo la sentencia de 16 de septiembre de 1987, no sobra referirse al primero de los fundamentos del recurso, apoyado en la afirmación de haber sido derogada toda la legislación electoral anterior a la Ley 28 de 1979. Así resulta, en efecto, de lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 96 de 1985, reproducido en el artículo 218 del Decreto 2241 de 1986, actual Código Electoral expedido, precisamente, en virtud de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República para que codificara las disposiciones de la citada Ley 96 de 1985, con las de las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, "...articulándolas para formar con ellas un solo estatuto electoral...". No era desconocida esa realidad por la Sección cuando se refirió, en el ameritado fallo de 31 de agosto de 1988, al artículo 49 de la Ley 85 de 1916, traido a colación solamente como ejemplo de la forma como el legislador debió aclarar, entonces, la confusión a que llevaba el calificativo de *absoluta* utilizado para referirse al *quórum* requerido para tomar decisiones en las corporaciones públicas, antes de que el Constituyente de 1968 la despejara definitivamente, cambiando esa expresión, aunque con el mismo sentido, por la de "...asistencia de la mitad más uno de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un *quórum* diferente..." (art. 82 de la C. N., inciso 2º correspondiente al art. 16 del Acto legislativo número 1 de 1968). Por ende, carece de virtualidad la objeción fundada en la indebida heterointegración legal de que habla el recurrente, pues en modo alguno el criterio jurisprudencial nuevamente en vigencia se fundamentó en el citado artículo 49 de la Ley 85 de 1916.

Por el contrario, ella se apoya en criterio lógico-sistemático de interpretación legal, dirigido a determinar el espíritu de la norma sin tener que formular profundas disquisiciones de teoría política y menos de filosofía del Estado, no obstante su interés, como que para el caso no se requieren habida cuenta que el intérprete arranca en su análisis, como es obvio, del presupuesto básico de que Colombia es un estado de derecho.

Ese postulado está ínsito y debe inspirar tanto los actos generales y abstractos de creación de la ley como los particulares y con-

cretos de aplicación de la misma por parte de los distintos organismos del Estado.

Es innegable, igualmente, que dentro de esa concepción del Estado es conveniente que las decisiones de las corporaciones públicas reúnan el mayor asentimiento posible, a fin de que estén revestidas de fuerza vinculante que haga menos notoria la coerción o imperio emanada de la soberanía. Pero siendo casi imposible alcanzar la unanimidad y aún hasta una mayoría calificada, se han consagrado fórmulas que estatuyen un mínimo de adhesión para la toma de decisiones, como requisito de validez que las hace obligatorias. Ese mínimo lo establece nuestra Carta Política en la exigencia de la mitad más uno de los integrantes de la respectiva corporación, mínimo determinable por defecto y no por exceso, sobre la cantidad que resulta de dividir por dos, más la unidad, el número de sus miembros.

Es que la aproximación por exceso conduciría a situaciones de manifiesta injusticia, como las destacadas en la sentencia cuya jurisprudencia invocó el *a quo*. Tales, por ejemplo, aquélla de que la mitad más uno de tres, es tres; y la de cinco es cuatro, mayorías que incluso exceden la exceptiva de las dos terceras partes de los votos de los asistentes, estatuida en el inciso 2º del artículo 83 de la C. N. en materia de modificaciones al régimen de elecciones, o la de las dos terceras partes de los votos de los integrantes, en las elecciones que efectúan las corporaciones judiciales (art. 62 del Decreto 250 de 1970).

Pero también a que la minoría, por ejemplo, de 6 respecto de trece integrantes, o de siete respecto de quince, y así sucesivamente, tenga la capacidad de enervar la voluntad de la mayoría. Esa posibilidad, por ilógica, ha sido rechazada por todas las democracias e incluso desde comienzos de la Edad Moderna recibió la condena de autores renombrados.

Grocio decía: "...Huelga decir que sería injusto para la mayoría tener que obedecer la decisión de la minoría..." (*De jure belli ac pacis*, Libro II, Cap. XIX). Y Rousseau, preguntándose el por qué una minoría disidente debe estar sujeta a la decisión de la mayoría y obligada a aceptarla contra su propia voluntad, respondió: "...Si la mayoría decide contra mí, todo lo que esto prueba es que yo he cometido un error, y lo que yo creía que era la voluntad general no lo era en realidad..." (El Contrato Social, Libro IV, Cap. II).

Por lo demás el criterio de determinación de la mitad más uno por defecto, aplicable en las corporaciones públicas de composición impar, lleva a que el sector que logre ese consenso sea siempre superior, por lo menos en la unidad, al otro o a la suma de los otros, que no en tres unidades como resultaría de hacer la aproximación por exceso.

De allí que bajo la inspiración de lo justo, como que de no ser ese valor el que la motiva se puede caer en la tiranía la mayoría

numérica, la decisión que ésta tome en el ámbito de su competencia jurídica es válida y obligatoria, salvo aquéllos casos excepcionales donde se exija un consenso superior al de la mitad más uno. La aceptación de esa regla dimana de la necesidad de resolver las disparidades que se presentan en el funcionamiento de las corporaciones públicas, so pena de la parálisis de las instituciones con peligro para la existencia del grupo social.

La regla de la aproximación por defecto facilita también, entonces, el funcionamiento de aquéllas, como ocurre con frecuencia.

Resumiendo, como quiera que la Sala mantiene su adhesión al criterio jurisprudencial que sustentó en la sentencia de agosto 31 de 1988, reiterado cuando quiera que ha sido avocada a debate similar al de este proceso, se impone mantener la decisión del *a quo* por ajustarse a la interpretación más lógica de la norma legal.

Resta destacar que de prosperar las súplicas de la demanda, el fallador debía limitarse a la declaración de nulidad del acto electoral, sin extralimitar su competencia decidiendo respecto de las otras pretensiones de la parte actora, materia sin duda de otro proceso ante otra jurisdicción. Por esto es que tampoco había lugar para tener por inepta la demanda por indebida acumulación de pretensiones, habida cuenta que las restantes formuladas en la demanda no son del resorte de esta jurisdicción.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Séptimo colaborador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

Falla:

Confírmase la sentencia de fecha mayo 18 del año en curso, proferida por el honorable Tribunal Administrativo del Tolima en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Jorge Penen Deltieure, Presidente de Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel González Rodríguez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PERSONERO - Elección / CONCEJO MUNICIPAL / COMPETENCIA / PERSONERO - Remoción

El artículo 101 del Código de Régimen Municipal no es pertinente aplicarlo cuando determinado funcionario se encuentre desempeñando en propiedad su cargo de personero, tesorero, contralor, auditor o revisor, pues en tal caso dicho funcionario sólo puede ser removido o suspendido antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación, y no por el Concejo Municipal, y, por lo tanto, este último no podría nombrar a otra persona que le disputara el cargo durante el período para el cual se eligió.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., once de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 0332. Apelación ejercitada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con fecha julio 27 de 1989, en relación con la acción electoral enderezada a obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo de elección de personero municipal de Yotoco, para el período legal de 1989. Actora: Rosa Elvira Arce Rodríguez.

Conoce la Corporación del recurso de apelación interpuesto y concedido contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el día veintisiete (27) de julio del presente año, por el señor apoderado especial de la parte demandada, en cuanto por aquella se declaró nulo el acto administrativo por medio del cual se eligió al señor Aquilino Alfonso Valencia Ramírez, como personero del Municipio de Yotoco para el período legal de 1989, acto expedido por el Concejo Municipal de la precitada localidad el veinte (20) de febrero de 1989.

I. *La acción y su fundamento.* La acción contenciosa electoral fue promovida por la ciudadana Rosa Elvira Arce Rodríguez, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 103 del Decreto-ley 1333 de 1986 (C. de R. M.), en concordancia con los artículos 100 y 136 *ibídem,* por cuanto, según ella, habiendo sido elegida para el cargo de personera

municipal de Yotoco para el mismo período que empezó el 1º de enero del año en curso, sólo podía ser removida del indicado empleo por *decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación*, eventos que no se dieron.

II. *La sentencia recurrida y su fundamento.* El *a quo* accedió a la pretensión única de la demanda, por considerar que, encontrándose que realmente la demandante había sido elegida por el Concejo Municipal de Yotoco como personera para el período de 1º de enero al 31 de diciembre de 1989, cargo del cual tomó posesión ante el señor alcalde el 30 de diciembre de 1988, la nueva elección de personero municipal realizada el 20 de febrero de 1989 y recaída en la persona del señor Aquilino A. Valencia Ramírez, estaba afectada de nulidad en los términos del artículo 103 del C. de R. M., que reza así:

> "Los contralores, personeros, tesoreros, auditores y revisores que ejerzan el cargo en propiedad, sólo podrán ser removidos o suspendidos antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación".

III. *La apelación y su fundamento.* El señor apoderado especial del demandado, dentro del término para alegar de conclusión en esta segunda instancia, solicita la revocación de la sentencia apelada y "que se disponga que el personero municipal del Municipio de Yotoco elegido para el período constitucional de 1989, es el señor Aquilino Alfonso Valencia Ramírez", con fundamento en las siguientes consideraciones:

1ª El Concejo Municipal que eligió a la actora, señora Arce Rodríguez, con fecha 28 de noviembre de 1988, sólo sesionó tres veces y violó las siguientes normas: a) El artículo 3º del Acuerdo 005 de 1987 del mismo Concejo, porque no se juramentó a los concejales que se posesionaban.

2ª Al existir un Concejo ya posesionado desde el 1º de agosto de 1988 (Acta número 01) y cuyo presidente era el señor Carlos Herney Abadía, se violó el artículo 85 del Decreto 1333 de 1986.

3ª Al incorporar en el orden del día de la sesión del Concejo correspondiente al 28 de noviembre de 1988, en su tercer punto, la elección de empleados sin haberse señalado, con un mínimo de tres días de anticipación, día y hora para ello, se violó el artículo 2º del Decreto 49 de 1932.

4ª Además de lo anterior, al ratificarse el nombramiento que se hace en la susodicha sesión se incurre en improcedencia, ya que, para esa fecha, el personero municipal no era la demandante sino el señor Valencia Ramírez, según la elección que consta en el Acta número 007 de septiembre 9 de 1988 del Concejo Municipal de Yotoco, hecho que

fue notificado al alcalde municipal, al tesorero y al auditor fiscal departamental, debiendo posesionarse el elegido ante testigos por la negativa del señor alcalde de hacerlo. Entonces, si el personero municipal de Yotoco desde el 9 de septiembre de 1988, era el señor Valencia Ramírez, cabe preguntarse para qué cargo fue ratificada la actora. En qué parte del acta se expresa para qué cargo fue nombrada?

5ª El Concejo Municipal que eligió al señor Valencia Ramírez, como personero, ha actuado siempre dentro de los parámetros señalados por las normas que regulan su actuación.

6ª La actora, en el período constitucional de 1988, ejerció el empleo de personera municipal, como interina, hasta el 9 de septiembre de 1988, fecha en que fue electo como tal el señor Valencia Ramírez, para el resto de ese período.

7ª El nombramiento de personero, recaido en la actora, es nulo, por todo lo dicho, y además, por cuanto se hizo por aclamación.

IV. *El concepto del señor Fiscal del Consejo de Estado.* El señor Fiscal Octavo de la Corporación, en su vista de rigor, es de concepto que se confirme la sentencia apelada proferida por el *a quo*, por considerar que evidentemente se quebrantaron las disposiciones legales invocadas en la demanda.

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

Consideraciones:

De las pruebas allegadas al proceso por las partes, se deduce:

1º Que la demandante, señorita Rosa Elvira Arce Rodríguez, fue elegida como personera municipal de la localidad de Yotoco (Valle del Cauca), para el período legal de 1º de enero a 31 de diciembre de 1989, el día 28 de noviembre de 1988, en sesión a la cual concurrieron los concejales Pedro A. Londoño, Omar Franco, Azaél Azcárate, Darío González, José Freddy Barbosa y Carlos Arturo Romero, integrantes de una coalición política —el acta no precisa cuáles lo hacen en su condición de principales y cuáles de suplentes con derecho a participar en la sesión—, y que la elegida tomó posesión del precitado empleo el día 30 de diciembre de 1988 ante el señor alcalde municipal de Yotoco.

2º Que el demandado, señor Aquilino Alfonso Valencia R., fue elegido como personero municipal de la misma ciudad, presumiblemente para el mismo período legal de 1989 —el acta no lo dice expresamente—, el día 20 de febrero de 1989, en sesión del Concejo Municipal de Yotoco a la cual concurrieron los concejales Carlos Herney

Abadía, Oscar J. Ríos Giraldo, Octavio Echavarría L., Darío Aluma Domínguez, Azaél Azcárate Viera, Laureano Tascón y Darío González G., al parecer integrantes de otra coalición política —el acta correspondiente tampoco precisa cuáles son principales y cuáles suplentes con derecho a intervenir—, y que el elegido tomó posesión el 24 del mismo mes y año ante el señor alcalde de la localidad, quien tres días antes le había solicitado a la accionante que procediera a hacerle entrega de la oficina correspondiente, ante la circunstancia de la nueva elección recaida en el señor Valencia Ramírez.

3º Que, desde el 11 de agosto de 1988, es decir, apenas once días después de la iniciación del actual período legal de las personas elegidas para integrar el Concejo Municipal de Yotoco, han venido funcionando de manera paralela dos concejos municipales en la precitada localidad.

Ante esa circunstancia, es decir, la elección de dos personeros municipales, para un mismo período, por razón de la división de un concejo municipal en dos o más grupos, que ha sido de común ocurrencia en los últimos 10 años, el legislador se vio precisado a dictar la siguiente norma que hace parte del actual Código de Régimen Municipal:

Decreto-ley 1333 de 1986, artículo 101. "Si dos o más personas alegaren haber sido elegidas contralores, *personeros*, tesoreros, auditores o revisores, para un mismo período, dentro de los diez (10) días siguientes a la respectiva elección deberán entregar al alcalde las pruebas, documentos y razones en que fundan su pretensión. Si así no lo hicieren, el alcalde reunirá la documentación que fuere del caso.

"Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al momento en que se complete la documentación pertinente, el alcalde la remitirá al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida, con carácter definitivo, si la elección se realizó con el lleno de las formalidades previstas en la ley. El tribunal fallará dentro del término de veinte (20) días, durante el cual podrá ordenar y practicar pruebas de oficio. Cualquier persona puede impugnar o defender la elección. Contra ésta y por motivos distintos de los que fueron objeto de pronunciamiento por parte del tribunal, proceden las demás acciones judiciales que consagre la ley.

"Mientras se realiza la posesión del contralor, *personero*, tesorero, auditor o revisor válidamente elegido, la persona que venía desempeñando el cargo continuará ejerciéndolo" (subrayado fuera de texto).

Sobre los alcances de esta disposición, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de febrero 3 de 1987, dijo:

"...En síntesis: El interrogante planteado en la consulta se absuelve en el sentido de precisar que el artículo 101 del Código de

Régimen Municipal se aplica cuando dos o más personas aleguen haber sido elegidas por el Concejo Municipal, *en las sesiones inmediatamente anteriores a la iniciación del período del elegido, para uno de los cargos que la norma enumera y para el mismo período.*

"No es pertinente aplicarlo cuando un determinado funcionario se encuentre desempeñando en propiedad su cargo de personero, tesorero, contralor, auditor o revisor, pues en tal caso dicho funcionario sólo puede ser removido o suspendido antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación, y no por el Concejo Municipal, y, por lo tanto, este último no podría nombrar a otra persona que le disputara el cargo durante el período para el cual se eligió" (subrayado fuera de texto).

La Sección Quinta comparte la anterior concepción doctrinaria de la Sala de Consulta y Servicio Civil, pues realmente la intención del legislador fue la de evitarle a los alcaldes municipales el problema que se les presentaba cuando, ante su despacho y uno o dos días antes de la iniciación del período legal del elegido, concurrían dos o más personas a tomar posesión de uno de los empleos enumerados en la ley, convirtiéndolos, en ocasiones, en jueces administrativos del acto electoral de elección, sin tener la mayor parte de las veces conocimientos apropiados para adoptar determinada postura, y la de evitarle a la administración pública los problemas —nocivos para su buena marcha— resultantes de la posesión de dos o más personas para el mismo empleo de personero, contralor, etc., y para el mismo período.

El remedio, entonces, consistió en radicar, en ese evento y sin necesidad del ejercicio de una acción contenciosa electoral o de una de restablecimiento del derecho, en los tribunales administrativos la competencia para decidir sobre cuál de las elecciones se realizó en los términos de ley —sin perjuicio de que por motivos distintos de los que fueren objeto de pronunciamiento procedieran las demás acciones contencioso administrativas de ley—, y, entonces, conforme a lo decidido por el tribunal, el alcalde procediera a dar la correspondiente posesión a uno u otro.

La norma, por consiguiente, no tiene operancia en casos como el presente, en donde, como se ha visto, uno de los dos grupos del Concejo Municipal se reúne en el mes de noviembre de 1988 —período de sesiones anterior a la iniciación del período— y con determinado número de asistentes —que pueden o no constituir el *quórum* de ley, aspecto sobre el cual nada se ha alegado en el juicio— procede a elegir a la actora, quien toma posesión del empleo, dos días antes de la iniciación del período; y, en donde, cerca de dos meses después, otro de los dos grupos del mismo Concejo —al cual por lo demás concurren dos concejales que ya habían participado en la elección recaída en la demandante— elige a otra persona para el empleo de

personero, cuyo período había comenzado el 1º de enero de ese año, empleo o cargo del cual toma posesión ante el señor alcalde de la localidad.

Determinado lo anterior, encuentra la Sala, entonces, que realmente con la elección del señor Aquilino Alfonso Valencia Ramírez, realizada por el Concejo Municipal en su sesión de 20 de febrero de 1989, es decir, un mes, 20 días después de iniciado el período de 1989 para el cual había sido designada la accionante, cargo del cual tomó posesión desde el 30 de diciembre de 1988, se quebrantó el artículo 103 del C. de R. M., en concordancia con el artículo 136 *ibídem*, y que, en consecuencia, deberá confirmarse la sentencia apelada que así lo reconoció y sancionó, sin que la Sala tenga competencia, en este momento y en este proceso, para ocuparse de si la elección de la demandante, se realizó o no con el lleno de las formalidades previstas en la ley, como lo pretende el apelante, pues en este juicio no se está decidiendo sobre una acción electoral enderezada contra el acto administrativo electoral de 28 de noviembre de 1988, por medio del cual, el otro grupo del Concejo, eligió a la señorita Arce Rodríguez como personera de la misma localidad y, de otro lado, en este tipo de procesos, no es viable la contrademanda, o sea, la denominada demanda de reconvención (ampliación objetiva de las pretensiones de un proceso), que sólo es procedente en el contencioso contractual y de reparación directa, como lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación, y hoy lo consagra expresamente el nuevo estatuto procesal administrativo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

Falla:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con fecha veintisiete (27) de julio de 1989, en cuanto por ella se declaró nulo el acto administrativo de elección del señor Aquilino Alfonso Valencia Ramírez, como personero del Municipio de Yotoco (Valle) para el período legal de 1989, acto expedido por el Concejo Municipal del precitado municipio en su sesión de 20 de febrero del presente año.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Jorge Penen Deltieure, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA

Fuera del caso contemplado en el numeral 1 del artículo 97 del C. C. A., la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en representación de la Sala falladora del Consejo de Estado de la cual forma parte, y a diferencia de lo que acontece con las cuatro Secciones restantes, hasta ahora integradas, es autónoma e independiente para tramitar y decidir todos los procesos electorales de competencia del Consejo de Estado y su jurisprudencia es la jurisprudencia de la Corporación, la que puede variar cuando así lo considere indispensable, como igualmente puede variar, por no compartirla, la de la extinguida Sala Electoral, o la de las Secciones de la Sala Contenciosa cuando ellas conocían separadamente de los procesos electorales, o la de la Sala Contenciosa cuando ella conocía en pleno de los mismos.

REGISTRO ELECTORAL - Nulidad

Cuando se decreta la nulidad del registro electoral correspondiente a determinada mesa, lo que se está anulando es el acta que registra el número de sufragantes, los votos depositados por cada candidato, lista de candidatos, los votos en blanco, los votos nulos y el total de los votos emitidos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., once de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 0323. Recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de junio 19 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, relacionada con la declaratoria de nulidad del acto de elección de Jaime Pumarejo Certaín, como alcalde de Barranquilla para el período constitucional 1988-1990. Actor: Gustavo Certaín Duncan y otros.

El ciudadano Jaime Pumarejo Certaín, en su propio nombre como demandado dentro del proceso de la referencia, con la coadyuvancia

de su apoderado especial, abogado J. Clímaco Giraldo Gómez, en escritos presentados ante la Secretaría de esta Sección el día 4 de octubre del presente año, solicita:

1º Que, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, se dé cumplimiento al artículo 312 del C. de P. C. que dice: "*Irregularidades en la adopción de las providencias*. Cuando el tribunal que dicte la providencia advierta que no fue suscrita por el número de magistrados previstos en la ley, o que fue acordada con menor número de votos del requerido, dentro del término de la ejecutoria de oficio o a solicitud de parte ordenará subsanar la irregularidad".

Fundamenta su petición en la circunstancia de que por haber variado la Sección Quinta "la jurisprudencia debió ser suscrita —la sentencia— por al menos once (11) consejeros de los veinte (20) que conforman las cinco (5) Secciones de lo Contencioso Administrativo, según lo dispuesto por el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, en consonancia con la sentencia de *inexequibilidad* de la derogatoria de esta norma dictada con fecha 30 de agosto de 1984 por la honorable Corte Suprema de Justicia", y no solamente por los cuatro integrantes de la Sección Quinta.

2º Que, con fundamento en los numerales 2 y 4 del artículo 152 del C. de P. C., sobre carencia de competencia en el juzgador y trámite o procedimiento distinto del que legalmente corresponda, se declare la nulidad parcial del proceso de la referencia, nulidad que se origina en la sentencia de septiembre 25 de 1989 de esta Sección.

Fundamenta su petición en el hecho de que, según su criterio, la Sección Quinta que profirió la precitada sentencia, carece de competencia constitucional y legal para dictarla, porque en ella se modifica la jurisprudencia y para ello sólo es competente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo dispuesto por la norma de competencia contenida en el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, hoy en plena vigencia en razón de la declaratoria de inexequibilidad del acto jurídico de su derogatoria dispuesta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de agosto de 1984, cuyo cumplimiento es obligatorio tanto para la Sala Plena como para cada una de sus Secciones.

Indica en su escrito el peticionario, las sentencias consagratorias de la jurisprudencia o jurisprudencias modificadas por la Sección Quinta, sobre jurisdicción rogada y principio de la "eficacia del voto".

Alega el peticionario, por otra parte, que también se incurrió en la causal 2ª del artículo 152 del C. de P. C., por cuanto la Sección enmendó, sin competencia para ello, la providencia del *a quo* en forma desfavorable a él como demandado-apelante, contraviniéndose así el mandato del artículo 357 del C. de P. C.

Termina su alegato el peticionario, formulando la "solicitud de pruebas" que considera necesarias o pertinentes para demostrar los hechos que configuran las causales de nulidad propuestas: Sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado indicadas en su escrito.

Para resolver, *se considera:*

I. Como la supuesta nulidad alegada se dio, según el criterio del peticionario, en la sentencia que puso término o fin al proceso, sentencia que debe ser ejecutada por el tribunal que conoció de la primera instancia del juicio, es oportuno el planteamiento o formulación de la nulidad procesal, y por ello se procede a su decisión.

II. De la nulidad propuesta no es del caso dar traslado a las personas que integran la parte demandante, por cuanto los hechos que supuestamente configuran la alegada falta de competencia de la Sección Quinta y el trámite irregular o inadecuado, por tener que ver con normas de orden público, no son allanables por las partes, como reiteradamente lo ha expresado esta Corporación, y en consecuencia, no hay objeto en dar u ordenar el indicado traslado, y, por cuanto, de otro lado, es deber del juez *"dirigir el proceso, velar por su rápida solución, procurar la economía procesal"* y *"rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta"* (arts. 37-1 y 38-2 del C. de P. C.).

III. Tampoco es del caso decidir sobre el decreto y práctica de pruebas impetrado por el peticionario, por cuanto las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado indicadas en el escrito por el señor Pumarejo Certaín, son de público conocimiento y en especial del juez contencioso administrativo llamado a conocer y decidir.

Por lo demás, las sentencias de esta Corporación en donde se encuentra plasmada la jurisprudencia supuestamente desconocida o modificada por esta Sección en su providencia de 25 de septiembre del presente año, sólo vendrían a jugar papel decisorio en el planteamiento y decisión de un recurso extraordinario de súplica, según el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, y, como se verá más adelante, contra las sentencias proferidas por esta Sección no existe recurso judicial alguno, por expreso mandato de la Ley 14 de 1988.

IV. En cuanto a la nulidad planteada con fundamento en las causales 2ª y 4ª del artículo 152 del C. de P. C., observa la Sala:

a) Con motivo de la denominada reforma judicial de 1964, se aumentó el número de consejeros de Estado de diez a dieciséis, determinado por el traslado de competencias de la jurisdicción ordinaria a la de lo contencioso administrativo (controversias de carácter agrario, minero, petrolero, de carácter contractual y extracontractual, etc.), que

por la misma disposición se ordenó (arts. 30 y 31 del Decreto-ley 528 de 1964), y para hacer más racional el trabajo en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ella se dividió en Secciones o Salas (art. 22 del decreto citado). Como inicialmente todas las Salas o Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, indistintamente conocían de los procesos asignados, en única o en segunda instancia, al Consejo de Estado, es decir, no existía una distribución de los asuntos por materias, en orden a buscar la especialización de las cuatro Secciones, el legislador de ese entonces considerando que debería existir uniformidad jurisprudencial en la Sala de lo Contencioso Administrativo, dispuso en el artículo 24 del susodicho Decreto-ley 528 de 1964, lo siguiente:

"*Las cuatro Salas o Secciones* de lo Contencioso Administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que esté conociendo del asunto" (subrayado fuera de texto).

El desconocimiento del anterior precepto por parte de las Secciones de la Sala, determinó la expedición de la Ley 11 de 1975, por cuyo artículo 2º se dipuso: "Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las Secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

"En el escrito en el que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o del fallo".

La consagración de los recursos extraordinarios de revisión y de anulación en el nuevo estatuto contencioso administrativo (Decreto-ley 01 de 1984), llevó al legislador extraordinario a derogar tanto el artículo 24 del Decreto-ley 528 de 1964, como la Ley 11 de 1975, en su totalidad, lo que se hizo por medio del artículo 268 del Decreto 01 de 1984, declarado inexequible, como bien lo anota el peticionario, en sentencia de agosto 30 de 1984 por la Corte Suprema de Justicia, lo que implicó que las normas derogadas ilegal e inconstitucionalmente recobraran su vigencia.

Nada de lo anterior escapa al conocimiento de los integrantes de la Sección, así públicamente se les haga aparecer ignorantes de ello, con fines que tampoco se escapan a los consejeros de Estado que componen esta Sala.

¿Qué acontece posteriormente? Al considerarse conveniente la especialización de los integrantes de la Sección o Secciones, por acuerdo expedido por la Corporación se le asignó a cada una de ellas la

competencia expresa para conocer de los diferentes procesos, atendiendo a la naturaleza y objeto de la controversia: Asuntos agrarios, contractuales o extracontractuales, mineros y petroleros; asuntos de carácter laboral administrativo; asuntos de carácter tributario y relativos al ejercicio del privilegio de la jurisdicción coactiva; y, asuntos de naturaleza distinta a los indicados expresamente. Por manera que la competencia de las Secciones distinguidas con los números 1 a 4, se ejercen y han ejercido, por distribución de competencias efectuada por acto jurídico de la misma Corporación, es decir, el Consejo de Estado.

Y en materia electoral, la Sala de lo Contencioso Administrativo en pleno, es decir, la integrada con los dieciséis consejeros después de 1964 y con los siete de la Sala de lo Contencioso Administrativo antes de dicho año, conocía de los procesos instaurados contra elecciones o nombramientos, bien en única instancia, bien en segunda instancia. Contra sus decisiones o fallos no había —no lo podía haber— recurso judicial, ni ordinario, ni extraordinario —de súplica por obvias razones, de revisión y de anulación por cuanto no existieron hasta el mes de marzo de 1984—.

En el año de 1985, el legislador, con la colaboración de una comisión de consejeros de Estado integrada por la Corporación a solicitud del mismo Congreso para que lo asesorara en la reforma electoral de ese entonces, considerándose que no era racional ni expedito que las controversias de carácter electoral fueran de conocimiento de todos los integrantes de la Sala de lo Contencioso Administrativo (10, primero, 16, después, como se dijo), ni que todas las cuatro Secciones conocieran y decidieran, autónoma y separadamente los contenciosos electorales, resolvió expedir la Ley 96 de ese año, por cuyo artículo 67 se preceptuó:

"Artículo 67. El artículo 231 del Código Contencioso Administrativo quedará así:

"Artículo 231. *Reparto en el Consejo de Estado.* El Consejo de Estado *tramitará y decidirá* los procesos electorales *mediante una Sala Contencioso Electoral* integrada por dos consejeros de cada una de las Secciones de la Sala Contenciosa...La designación de los consejeros que deben integrar la Sala Electoral se hará por la Sala Plena del Consejo de Estado y será de forzosa aceptación. *Contra la sentencia de la Sala Electoral no cabrá recurso alguno...*" (subrayado fuera de texto). No procedía, entonces, por mandato ya expreso de la ley, recurso alguno —ni ordinario ni extraordinario— contra la decisión o fallo de la Sala Contenciosa Electoral, no sólo por el querer del legislador de evitar la dilación de los procesos, sino por cuanto lo que se hizo fue crear una nueva Sala Contenciosa, la denominada electoral, que junto con la plenaria, la de consulta y servicio civil, la

de lo contencioso administrativo, y las de carácter disciplinario, ejercían las funciones constitucionales y legales que correspondían al Consejo de Estado como institución de nuestro Estado de Derecho.

La paralización del trabajo en las Secciones 1 a 4 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en época de elecciones y demandas de ellas que es lo usual por las irregularidades que se dan en el proceso de elecciones y el fraude que ha venido afectando nuestra vida republicana, determinada por la necesidad y obligación legal de los dos consejeros de Estado sacados de cada Sección para conformar la Sala Contenciosa Electoral, de tramitar y decidir dentro de los exhaustivos términos de ley las demandas presentadas, determinaron que el legislador modificara una vez más el artículo 231 del C. C. A., que en definitiva quedó así:

Ley 14 de 1988, artículo 6º "el artículo 231 del Código Contencioso Administrativo, que había sido subrogado por el artículo 67 de la Ley 96 de 1985, quedará así:

"*Artículo 231. Reparto en el Consejo de Estado. El Consejo de Estado tramitará y decidirá todos los procesos electorales de su competencia a través de la Sección 5ª* de la Sala Contencioso Administrativo, integrada por cuatro magistrados.

"*Contra las sentencias de la Sección 5ª no procederá ningún recurso ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo*" (subrayados fuera de texto).

".....".

El inciso segundo de la norma parcialmente transcrita, fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del presente año.

b) De acuerdo con lo anterior, se tiene:

1. La norma contenida en el artículo 24 del Decreto-ley 528 de 1964, no es aplicable a la Sección Quinta de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, pues ella está dirigida a las cuatro Secciones o Salas que integraban exclusivamente, en su momento, la denominada Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, norma para cuya observancia expidió un ordenamiento posterior, o sea, el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, que consagró el denominado recurso extraordinario de súplica.

2. La Sección Quinta —y antes de ella la denominada Sala Contenciosa Electoral creada por la Ley 96 de 1985— ejerce —como claramente se deduce del artículo 6º de la Ley 14 de 1988 y también se deducía de la Ley 96 de 1985— de manera autónoma, independiente y

separada la competencia constitucional y legal asignada al Consejo de Estado, para "tramitar y decidir" todos los procesos electorales que a él correspondan en única o en segunda instancia, y sus providencias carecen de recurso ordinario o extraordinario consagrado en la ley para las que adopten las otras Secciones de la Sala Contenciosa e incluso las que profiera la propia Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Se ha reiterado con ello, una vez más, la intención que siempre ha tenido el legislador de evitar que, mediante recursos u otros medios, se dilaten los procesos electorales y coincidan las sentencias que se dicten en ellos, con la expiración de los períodos constitucionales o legales de elegidos o nombrados en cualquiera de las Ramas del Poder Público.

3. La única posibilidad que tiene la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de conocer de un proceso electoral, bien como juez de instancia, bien en razón de recurso extraordinario si es que algún día se derogare la disposición que establece que las sentencias de la Sección Quinta no tienen recurso alguno, es el acontecimiento previsto en el numeral 1 del artículo 97 del C. C. A.: Dirimir el empate que se presente en la votación de la Sección Quinta.

En síntesis, fuera del caso antes señalado (numeral 1º del art. 97 del C. C. A.), la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en representación de la Sala falladora del Consejo de Estado de la cual forma parte, y a diferencia de lo que acontece con las cuatro Secciones restantes, hasta ahora integradas, es autónoma e independiente para tramitar y decidir todos los procesos electorales de competencia del Consejo de Estado, y su jurisprudencia es la jurisprudencia de la Corporación, la que puede variar cuando así lo considere indispensable, como igualmente puede variar, por no compartirla, la de la extinguida Sala Electoral, o la de las Secciones de la Sala Contenciosa cuando ellas conocían separadamente de los procesos electorales, o la de la Sala Contenciosa cuando ella conocía en pleno de los mismos.

Por lo dicho, no se configura ninguna de las dos causales de nulidad procesal propuestas por el apelante demandado, y así habrá de declararse por la Sección.

Por las mismas razones, la Sección considera que no es viable dar curso, con destino a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del memorial presentado por el apelante-demandado, con fundamento en el artículo 312 del C. de P. C., y así se dispondrá.

V. *El supuesto desconocimiento del principio de la "reformatio in pejus"*. No se quebrantó dicho principio en cuanto hace relación al numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia de septiembre 25 de 1989, por cuanto es evidente que en ese numeral se está confir-

mando en su totalidad el numeral 2º de la sentencia del tribunal de primera instancia, así no se exprese en su totalidad lo que reza el indicado numeral 2º de la sentencia de junio 19 de 1989, apelada. A la Sección le bastaba con decir que se confirmaba el precitado numeral 2º, pero prefirió, para más claridad, afirmar que lo hacía en cuanto se había declarado la nulidad del acuerdo acusado, sin agregar que "...y se ordenó expedirle la correspondiente credencial", porque es claro que lo uno es consecuencia de lo otro, y, como tantas veces lo ha dicho esta Corporación, lo que se anula es el acto de declaratoria de elección y no la credencial, que simplemente se cancela como consecuencia de la declaración de nulidad de aquel.

En cuanto a la supresión de la frase "...por ser falsos y los elementos que han servido para su formación, así ...", que según el actor se suprimió por la Sección en el numeral 3º de su sentencia, y que sí estaba en el numeral 3º de la sentencia apelada, tampoco se ha incurrido en quebrantamiento del principio de la *reformatio in pejus*, por cuanto la Sección se limitó a confirmar ese numeral 3º de la sentencia del tribunal en todas sus partes, así no se reproduzca textualmente lo que se expresa en la sentencia del *a quo*. Pero es que, además, se pregunta en donde está la violación del principio; acaso no se hace en uno y otro numeral la misma declaración de nulidad de los registros electorales de las mismas mesas de la zona 09?

Tampoco se incurrió en quebrantamiento del mismo principio en el numeral 5º de la sentencia de esta Sección, pues como se dice en otra providencia del día de hoy, dictada para decidir sobre la aclaración de aquella solicitada por el demandante Juan Montes Hernández, cuando se decreta la nulidad del registro electoral correspondiente a determinada mesa, lo que se está anulando es el acta que registra el número de sufragantes, los votos depositados por cada candidato, lista de candidatos, los votos en blanco, los votos nulos y el total de votos emitidos. Tomada la expresión registro electoral en ese sentido, que es el natural y obvio, la declaración de nulidad del registro electoral de la mesa 15 de la zona 4, puesto 1, y la consiguiente orden de exclusión de los votos en ella emitidos, guarda perfecta relación y armonía con la pretensión pertinente de la demanda promovida por el precitado accionante. En consecuencia, no se puede afirmar que se haya desconocido el tantas veces mencionado principio.

En cuanto al aspecto final, de que se varió el fundamento legal de la demanda promovida por el accionante Gustavo Certaín D., pues éste no citó expresamente la causal 2ª del artículo 223 del C. C. A., la Sala se remite a lo dicho en la sentencia.

Pero es que, por lo demás, no es de recibo que, so pretexto de plantear una nulidad procesal inexistente como se ha visto, el apelante-demandado pretenda controvertir los argumentos expresados en la sentencia por la Sección para llegar a una conclusión en torno al

recurso de apelación. Ello, al igual que la nulidad propuesta sin fundamento legal alguno —aun cuando en el escrito se le trata de dar un aparente fundamento que pudiera ser convincente para personas no expertas en derecho administrativo y procesal administrativo, especialmente—, tiene su objetivo en el entendimiento de la Sala, objetivo que, en manera alguna, se puede convertir en empresa en este u otro proceso electoral, como se acostumbraba en los juicios electorales hasta hace apenas un año largo, ni que la Sala está dispuesta a permitir, pues, de hacerlo, ni tendrían objeto las acciones que se emprendieran en orden a buscar una confrontación legal de los actos declarativos de una elección popular, ni cumpliría su cometido la labor judicial y la sentencia que se dicta dentro de ellas para desatar el litigio que se le plantea a la jurisdicción. La Sala se permite hacer estas comedidas observaciones, por cuanto, hasta ahora, ha tenido oportunidad de ver una reiterada conducta dilatoria del proceso y de su decisión definitiva, con desgaste evidente de jurisdicción, que no puede excusarse con la aseveración de que los abogados están para justificar honorarios y que, en razón de ello, deben a todo trance, procurar la satisfacción de los intereses de sus patrocinados o impedir que la justicia, que se imparte por el juez en la sentencia, cumpla su objetivo, su finalidad, la razón de existir en todo Estado de Derecho.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, *resuelve:*

1º No se configura la nulidad de lo actuado en este proceso a partir de la sentencia de septiembre 25 de 1989, dictada por esta Sección en el proceso distinguido con el número 0323, promovido por Gustavo Certaín Duncan y otros contra el acto de elección del alcalde municipal de Barranquilla, para el período 1988-1990.

2º No se da curso, con destino a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del memorial presentado por el señor Jaime Pumarejo C. en su condición de apelante-demandado, con fundamento en el artículo 312 del C. de P. C.

3º No se incurrió en la sentencia de esta Sección de 25 de septiembre de 1989, dictada dentro del proceso de la referencia, en quebrantamiento del principio de la *"reformatio in pejus"*, que, por lo demás, no configura causal de nulidad procesal.

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Miguel Viana Patiño, Conjuez.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

COMISION ESCRUTADORA - Actas / JURADO DE VOTACION - Actas

El legislador distingue entre las actas en que los jurados de votación consignan el cómputo de los votos de aquéllas suscritas por las denominadas "corporaciones escrutadoras" por el Código Electoral, que no son otras que las "comisiones escrutadoras".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., nueve de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente número 0334. Actor: Augusto Hernández Becerra y José Ernesto Martínez Tarquino.

Procede la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por intermedio de su Sección Quinta, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia fechada el 31 de julio de 1989, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado para obtener la nulidad del acto que declaró electo alcalde del Municipio de Soacha al señor Héctor F. Ramírez Vásquez.

La demanda:

Con miras a obtener la anulación del acto por medio del cual los delegados del Consejo Nacional Electoral declararon electo alcalde del Municipio de Soacha al señor Héctor F. Ramírez Vásquez, los demandantes adujeron los siguientes hechos:

"1º *Elaboración y firma de actas en sitio distinto de aquel donde debía funcionar la corporación escrutadora.*

"a) Este hecho ocurrió con relación a todas las mesas de votación (1 a 7) del puesto 'compartir' de la zona número 1 de Soacha, sin que hubiera 'justificación certificada por el funcionario electoral competente', según requisito del artículo 192, causal 8ª del Código Electoral;

"b) Cuando en las mesas de votación mencionadas se habían abierto las urnas y los jurados se disponían a iniciar el escrutinio de los votos, ante un conato de lluvia y no obstante encontrarse bien acondicionadas las casetas donde funcionaron las mesas para sortear esta vicisitud, en medio de gran desorden y confusión, sin que mediara autorización de la autoridad electoral competente, urnas, papeletas formularios y demás elementos a cargo de los jurados fueron trasteados precipitadamente al salón comunal del barrio;

"c) Como si fuera poco, pronto oscureció y en varias oportunidades, mientras se adelantaba lo que ya no podía llamarse con propiedad un escrutinio, fue cortada la luz para hacer más grande la confusión y la justificada incertidumbre sobre la rectitud con que se estaban adelantando los escrutinios;

"d) Ahora bien, la única excepción contemplada por la ley, que podría hacer ineficaz esta reclamación, no se cumple en ninguno de sus elementos. El cambio de lugar nunca estuvo justificado, porque no era necesario y porque su consecuencia fue el más absoluto caos. Aun cuando, en gracia de discusión, el cambio hubiera sido justificado, no fue autorizado por quien correspondía y la 'justificación' no fue oportuna ni adecuadamente certificada. En el momento del caos no hubo funcionario electoral competente que se pusiera al frente de la situación ni que salvara del desastre el escrutinio;

"e) Los dos elementos de la causal expresada, es decir, el cambio de lugar y la falta de 'justificación certificada' de funcionario electoral competente, están reconocidos y comprobados por parte de las autoridades en el acta general de escrutinio (pág. 99) y en constancia expedida por Gloria Mosquera Enciso, Secretaria de Gobierno de Soacha, que se adjunta como prueba.

"2º *Sobre las firmas de los jurados de votación en las actas de escrutinio.*

"a) Las actas de escrutinio de las mesas 01, 02 y 03 puesto 01 de la zona número 1 de Soacha adolecen de graves irregularidades en lo concerniente al requisito de la firma por los correspondientes jurados de votación, con violación del numeral 3º del artículo 192 del C. E.;

"b) Naturalmente, quienes deben firmar las actas de escrutinio en cada mesa de votación, son los jurados que para esa expresa finalidad fueron designados conforme a las

prescripciones de los artículos 101 a 110 C. E., cuyas firmas aparecen en la respectiva 'acta de instalación del jurado de votación' (formulario E-9);

"c) Es por ello que la causal 3ª del artículo 192 C. E. se aplica no sólo cuando faltan en las actas, de manera absoluta, las firmas de los jurados de votación sino cuando sólo en *apariencia* se cumple con el requisito de las firmas, hecho que ocurre cuando las actas aparecen firmadas por personas distintas de los jurados de votación, que es lo que a todas luces ha ocurrido en el caso expuesto, si se comparan las firmas de las actas de escrutinio con las de las actas de instalación;

"d) Contribuye a alimentar justificada suspicacia la constancia expedida la noche de 13 de marzo de 1988 por los claveros de la zona 01 de la Registraduría Auxiliar de Soacha, sobre la absoluta *falta de seguridad* del arca triclave, y la constancia que en el 'acta parcial de escrutinio' de la zona 01 dejaron los escrutadores, sobre el mal estado de la chapa, la aparente violación de la puerta y la total ausencia de sellos en puerta y ventanas del local habilitado como arca triclave.

"3º *Votos anulados sin justificación conocida, en aparente violación del sistema electoral y del principio de eficacia del voto.*

"a) Este hecho se presentó de manera pronunciada, en los puestos de votación León XIII (119 votos nulos), La Despensa (154 votos nulos), Cazucá (31), San Mateo (54) y El Bosque (112);

"b) Es preocupante que, a más del elevado número de los votos que resultaron nulos, no se haya podido conocer la razón que pudo llevar a los jurados a tomar tal decisión, altamente perjudicial, de manera especial, para el candidato a la alcaldía José Ernesto Martínez Tarquino".

Como disposiciones violadas citan el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo en sus numerales 2, 4 y 6 y los artículos 192, causales 3ª y 8ª; 134 a 144 y 1º del Código Electoral.

Como concepto de la violación expusieron:

"1º *Elaboración del acta en sitio distinto de donde debía funcionar la corporación escrutadora.*

"Conforme al artículo 134 y siguientes del Código Electoral, los jurados de votación procederán al escrutinio 'inmediatamente después de cerrada la votación'.

"Todos los actos relativos al escrutinio de los jurados de votación, en los cuales quedan comprendidos la 'extensión' y la 'firma' del acta (art. 142 C. E.), deberán realizarse *'en las mesas de votación'*, según se lee en el artículo 144 del C. E.

"En consecuencia, cuando el acta de los jurados de votación 'se extienda y firme en sitio distinto' de la respectiva *mesa de votación,* que es el lugar en 'donde debe funcionar la respectiva corporación escrutadora', se configura la causal 8ª del artículo 192 del C. E., según la cual deberán excluirse del cómputo de votos y del escrutinio respectivo los sufragios correspondientes a una mesa de votación, 'cuando el acta se extienda y firme en sitio distinto del lugar o local en donde debía funcionarla (sic) respectiva corporación escrutadora, salvo justificación certificada por el funcionario electoral competente'.

"La causal 8ª se compone de *dos partes* que conviene distinguir:

"a) La primera describe el hecho que produce irremediable y automáticamente la exclusión íntegra, del escrutinio, de los sufragios correspondientes a una mesa de votación. El hecho consiste en la elaboración y firma del acta de escrutinio en lugar distinto de aquel en donde debe funcionar la corporación escrutadora. En tratándose del escrutinio de los sufragios depositados en una mesa de votación, es claro que aquel deberá realizarse en la mesa de votación misma (art. 134 C. E. y siguientes). Es claro, también, que los lugares donde deben funcionar dichas mesas de votación son aquellos previa y precisamente determinados por las autoridades electorales competentes. No queda pues, al arbitrio de los jurados o de cualquier autoridad, variar caprichosamente el lugar donde funcionan esas mesas y, menos aún, decidir que el escrutinio se ha de realizar en lugar diferente a aquel que por norma le corresponde. Este precepto se ha establecido en garantía de la publicidad del escrutinio y del libre acceso de todos los interesados en presentarlo al lugar que es para todos conocidos (sic), *porque se ha fijado de antemano y no es posible cambiarlo caprichosamente a último momento;*

"b) La segunda parte de la causal 8ª consagra la *única excepción* al principio general de que el cambio de lugar para elaborar el acta anula la elección: Una 'justificación certificada por el funcionario electoral competente'.

"Es necesaria, pues, la concurrencia de *tres requisitos:* Que el cambio de lugar tenga una *justificación,* es decir, que hechos sobrevinientes hicieran forzoso, indispensable, el

cambio de lugar. Además, que ese hecho justificador hubiere quedado certificado, es decir, autorizado de manera que de ello quedare una prueba que posteriormente pudiera ser consultada y confrontada, puesto que no otra cosa es una 'certificación'. Finalmente, que la certificación haya sido expedida por 'el funcionario electoral competente'.

"2º *Sobre los motivos del cambio de lugar.*

"La invocación de la lluvia como 'justificación' para el cambio de lugar es evidentemente, un pretexto, una disculpa o una coartada, pero en ningún caso causa suficiente y necesaria de dicho traslado.

"Claramente la Secretaría de Gobierno de Soacha certifica en prueba adjunta que las casetas de votación fueron provistas de *cubiertas* 'para prevenir cualquier daño en los documentos electorales correspondientes, por causa de la lluvia en el transcurso del día de las elecciones, o en el momento del conteo por parte de los jurados de votación'. Así, agrega 'gracias a esa precaución se pudo llevar a cabo el conteo de los votos, sin ningún contratiempo (no obstante la lluvia que se registró en todo el Municipio de Soacha), en los mismos sitios donde funcionaron los puestos, salvo el caso del puesto del barrio Compartir, *en donde por causa que le corresponde explicar a la Registraduría, fueron trasladadas las mesas para el conteo a un recinto cerrado'.*

"3º *Sobre la naturaleza jurídica de toda certificación.*

"Según el Diccionario de la Real Academia Española, en lenguaje forense (es decir, el que es propio del Derecho), por certificar se entiende 'hacer cierta una cosa *por medio de instrumento público'.*

"En la misma obra se lee que certificación es el *'instrumento* en que se asegura la verdad de un hecho'.

"Certificado, por su parte, es el *'documento* en que se certifica'.

"Por instrumento se entiende la 'escritura, papel o documento con que se justifica o prueba una cosa'.

"El que toda certificación debe constar por escrito, en este caso con valor de *'instrumento público',* se confirma al consultar el Código de Procedimiento Civil en el Capítulo VIII del Título XIII (pruebas), que se ocupa de los documentos.

"Conforme al artículo 262 del C. de P. C., tienen el carácter de *documentos* públicos '... 3. *Las certificaciones* que expidan ... otros funcionarios públicos, en los casos expresamente autorizados por la ley'.

"Según el artículo 251 del C. de P. C., 'documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es *instrumento público*'.

"El cambio de sitio, en conclusión, no estuvo justificado, no quedó certificado en la oportunidad y con las formalidades debidas, y mal podría saberse si lo autorizó funcionario electoral competente si de todo ello no quedó certificación que lo acredite.

"4º *Las firmas de los jurados en las actas de escrutinio.*

"La causal 3ª del artículo 192 del C. E. ordena excluir del escrutinio los sufragios de aquella mesa de votación donde las actas estén firmadas *válidamente* por solo uno o dos de sus jurados.

"Deberá hacerse, por tanto, una revisión de las actas para establecer si se cumplió mínimamente con la formalidad de las firmas y, con el auxilio de peritos grafólogos, averiguar si alguna de las firmas que allí aparecen pertenecen o no a los jurados de votación correspondientes.

"5º *Votos anulados con violación del sistema electoral.*

"El que se hubiesen anulado sufragios válidos, contra lo dispuesto sobre votos nulos en los artículos 134 y siguientes del Código Electoral, sin duda es una 'violación del sisma electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República, según la causal de nulidad consagrada en el numeral 3 del artículo 223 del C. C. A.'.

"Por otra parte, es un atentado contra el principio de eficacia del voto, consagrado en el artículo 1º del Código Electoral. Precisamente en invocación de este principio solicito que se computen los votos que *sin motivo expreso ni aparente*, hubieren sido anulados por los jurados de la mesa de votación, para dar así validez 'al voto que represente expresión libre de la voluntad del elector' ".

La sentencia impugnada:

El *a quo* basó su decisión sobre las consideraciones siguientes:

"Del informativo se desprende que los accionantes hacen consistir, la nulidad consagrada por la causal 8ª del artículo 102 del Código Electoral, en que las actas de los jurados de votación de las mesas 1 a 7 del puesto Compartir, de la zona número 1 de Soacha, fueron elaborados y firmados en sitio diferente a aquel donde debía funcionar la corporación escrutadora.

"En relación con este cargo, la Sala acoge lo expresado por la Fiscal Quinta de la Corporación, en su alegato, en el cual dice:

"'Al respecto esta Fiscalía se remite por compartirlo plenamente al juicioso alegato de conclusión presentado por el doctor Efraín Valencia Castillo apoderado del señor Héctor Hernando Ramírez Vásquez y el cual dice en lo pertinente:

"'1. Con relación a la causal contemplada en el numeral 8º, del artículo 192 del Código Electoral y con la cual se pretende la nulidad de las mesas 1 a 7 del puesto compartir por haberse firmado y elaborado las actas de escrutinio de los jurados en sitio distinto de aquel donde debía funcionar la corporación escrutadora'.

"A. Sin aceptar que los hechos alegados sean ciertos debemos afirmar que en la actualidad y en virtud del artículo 17 de la Ley 62 de 1988, esta causal de reclamación ha desaparecido como causal de nulidad, por tanto bien puede hablarse de la 'purga de a (sic) ilegalidad' en sustento de esta tesis, me permito transcribir apartes de la sentencia de fecha abril 6 de 1989, proferida dentro del electoral número 0271, actor José Ignacio Vives Echeverría, por la Sala Electoral del honorable Consejo de Estado con ponencia del doctor Jorge Penen Deltieure:

"'Ahora bien, la Ley 96 de 1985, en su artículo 65 que modificó el artículo 223 del C. C. A., numeral 6, elevó a la categoría de nulidad de los eventos previstos como causales de reclamación en el artículo 42 de la misma, actualmente incluidas en el artículo 192 del C. (sic) Electoral entre ellas la prevista en el numeral 8º con el siguiente texto, «cuando el acta se extiende (sic) y firme en sitio distinto del lugar o local en donde debe (sic) funcionar la respectiva comisión escrutadora, salvo justificación certificada por el funcionario electoral competente»'.

"Ahora bien: (sic) (sic) si los hechos que configuraban la nulidad con arreglo al numeral 6 del artículo 223 del C. C. A. (sic), en concordancia con el 192, numeral 8º, del C. (sic) Electoral hubiesen tenido ocurrencia, no sería posible declarar la nulidad dado que ya el hecho desapareció como motivo o causal de nulidad en el artículo (sic) 17 de la ley (sic) 62 de 1988, subrogatorio del artículo 65 de la ley (sic) 96 de 1985, al haberse producido el fenómeno de la purga de la (sic) ilegalidad, a la cual se ha referido la jurisprudencia de la Corporación de la cual forma parte esta sección (sic), en sentencia de Sala Plena de 1º de abril de 1982, que dice:

"La purga de la (sic) ilegalidad consistente (sic), siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 29 de mayo de 1933), en considerar no viciado de nulidad un acto administrativo que fue (sic) ilegal en el momento de su nacimiento, si la norma señalada como quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica en el momento de proferirse el fallo por el juez contencioso administrativo, por derogatoria, subrogación o por haber sido declarada inexequible o nula, pero también porque haya recibido sustento legal posterior a su expedición. Este fenómeno forma parte de uno más amplio, que es el de la convalidación de los actos administrativos, sobre el cual se pronunció la Sección Primera en sentencia de 15 de mayo de 1973 (*Anales* —sic— tomo (sic) LXXXIV, pág. 239 de la que fue —sic— ponente el Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla).

"La (sic) Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (sic) consejero (sic) ponente: (sic) Doctor (sic) Jacobo (sic) Pérez (sic) Escobar, (sic) sente. (sic) de 2 de abril de 1982, exp. (sic) 787. Actor (sic) Jaime Calderón Gómez.

"Así las cosas es forzoso concluir (sic) que no puede prosperar la pretendida nulidad. Hasta aquí la cita de la providencia de 6 de abril de 1989. Como puede verse ella es aplicable en un todo al caso que nos ocupa. Por lo que debe tomarse una misma decisión y esta es la de que no prospere la nulidad pretendida contra las mesas de votación (1 a 7) del puesto Compartir del Municipio de Soacha.

"En igual sentido se pronuncio (sic) la misma corporación en sentencia de 12 de abril de 1989 dentro del electoral números 0276 (2º instancia) promivido (sic) por Efraín Valencia C. y otro, con ponencia del doctor Miguel González Rodríguez. No cabe duda pues de que las causales de reclamación de que trata el artículo 192 del C. E. en virtud del artículo 17 de la Ley 62 de 1988, han desaparecido como causales de nulidad, por lo tanto en todos los procesos que

cursan con ocasión de dichas causales de reclamación habrá de fallarse en contra de las pretensiones de la demanda, por lo antes expuesto.

"1.B. La causal aplicada por la demanda no se ajusta a los hechos, y por lo tanto no puede prosperar el cargo. En efecto, el numeral 8º del artículo 192 del C. E., invocado por los actores, se refiere a las actas de 'comisiones escrutadoras' (comillas mías) y no a las actas de los jurados de votación.

"Si revisamos los hechos de la demanda, encontramos que la causal pretende aplicarse al hecho de que las actas de los jurados de votación fueron elaboradas y firmadas en sitio distinto de donde funcionaron las mesas para recepcionar los votos el día domingo trece de marzo. Como quiera que las causales de nulidad son taxativas y de aplicación restrictiva, no puede por analogía asimilarse las actas de los jurados a las de las comisiones escrutadoras, por no estar permitida dicha asimilación. La ley electoral siempre ha distinguido entre jurados de votación y comisiones escrutadoras, refiriéndose a ellas por separado, en vía de ejemplo podemos citar el capítulo 1º (arts. 134 y ss.) del C. Electoral se refiere al escrutinio de los jurados de votación y sólo al capítulo 4º de dicho código (arts. 157 y ss.) se refiere a los escrutinios distritales, municipales y zonales, en donde se refiere a la composición de dichas comisiones escrutadoras las cuales se forman por la designación de los ciudadanos hecha por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial ellas deben ser jueces, notarios o registradores de instrumentos públicos.

"La otra clase de comisión escrutadora está conformada por los delegados del Consejo Nacional Electoral.

"Puede apreciarse que unas son las comisiones escrutadoras y otra muy distinta es la figura de los jurados de votación.

"En su encabezamiento el artículo 223 del C. C. A., 'reza las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son...' se distingue pues entre actas de jurados y de corporación electoral para el caso comisión escrutadora.

"El numeral 8º del artículo 192 del C. E. habla de las actas de comisiones escrutadoras, habida cuenta de la publicidad del proceso eleccionario, proceso dentro del cual el escrutinio de jurados es imposible que sea oculto, a diferencia del escrutinio de las comisiones escrutadoras que por

celebrarse en día distinto a aquel en que se sufraga, cabría la posibilidad de que se escrutara a espaldas de los testigos y candidatos, posibilidad esta también remota.

"1.C. A todo lo anterior debemos agregar que la causal invocada puede sanearse con una justificación certificada por el funcionario electoral competente.

"En el proceso obran las siguientes justificaciones:

"Aportada por los actores a folio 18 del cuaderno principal, documento correspondiente a la página 99 del acta general de escrutinio departamental y en relación con las mesas 1 a 7 del puesto 'Compartir' del Municipio de Soacha, se lee: 'Los delegados para decidir tomaron en cuenta el informe presentado por la señora doctora Dora Sánchez de Castro (Delegada Departamental) (sic) para Cundinamarca de la Registraduría Nacional, quien ante la concurrencia informó públicamente que el Registrador de Soacha había informado que las mesas de la plazoleta fueron escrutadas en el salón Comunal (sic) por cuanto se había desatado la lluvia al iniciarse el escrutinio mesa' (paréntesis míos). A folio 26 del cuaderno principal y también prueba presentada por la parte actora obra constancia de la secretaría de Gobierno de Soacha, en donde se manifiesta que en todo el Municipio de Soacha el día 13 de marzo de 1988, alrededor de las cinco de la tarde se presentó el fenómeno de la lluvia.

"Y es que hay que citar la lluvia, ya que ella es la causa de que el escrutinio de las mesas de votación 1 a 7 del puesto Compartir de Soacha se realizará (sic) en el salón comunal; así lo certificaron ante el señor Registrador Municipal de Soacha el día 13 de marzo de 1988 y ante la comisión escrutadora de la zona 1 de Soacha, las Delegadas del señor Registrador Municipal, copias de cuyas justificaciones obran a folios (sic) 246 del cuaderno principal, aportadas por la delegada en dicho puesto del señor Registrador Municipal de Soacha a solicitud del magistrado ponente.

"También obra fotocopia simple de dicha justificación aportada con la contestación de la demanda, documento que fue reconocido por su signatario en diligencia que obra a folio (sic) 241 y siguientes del cuaderno principal. Como si estas justificaciones fuesen pocas, personalmente atestiguo sobre los hechos del traslado y su jurisdicción la Delegada en el puesto en cuestión señorita Luz Aida Hoyos, diligencia que obra a folio (sic) 241 y siguientes.

"La jurisprudencia a (sic) admitido que la justificación no tiene que ser escrita, como lo sostiene la parte actora en su demanda, dijo en efecto el Consejo de Estado.

"La publicidad del proceso eleccionario por otra parte, es una de sus notas características y bien puede sostenerse que lo que se hizo en forma pública y notoria fue igualmente conocido por todos los interesados y por ellos aceptado en la forma en que se hizo, pues no elevaron su protesta ni hicieron uso de su legítimo derecho a hacer constar en el texto del acta su oposición o disentimiento.

"Si a lo dicho se agrega que las autoridades administrativas no obran, *necesariamente*, a través de actos escritos sino que en numerosas ocasiones la decisión contentiva de una declaración de voluntad o de inteligencia de un órgano administrativo legalmente idóneo para producirla, se manifiesta mediante actos puramente verbales, y a veces por simples gestos ... '(Extractos jurisprudencia del Consejo de Estado abril de 1987, pág. 356)'.

"Y es que en el caso que nos ocupa, la orden fue pública y al traslado de las mesas concurren todos los testigos electorales presentes acreditados por los partidos políticos para dichas mesas, sino que también se hace con el concurso de la fuerza públicay (sic) todos los respectivos jurados de votación. Cabe destacar que nadie protestó en ese momento, tal como lo manifiesta la delegada del Registrador de Soacha en dicho puesto y por los testigos: María de los Angeles Rojas (fl. 267 cuaderno principal) y Edgar Fajardo (fl. 269 cuaderno principal, —sic—) en los interrogatorios a que bajo juramento fueron sometidos en el presente proceso. La ausencia de reclamaciones en dicho momento permite además inferir o deducir que todos estuvieron de acuerdo. Hay que resaltar que sólo en los escrutinios zonales se protesta, ya cuando se sabe por parte de quienes protestan que en dicho puesto su votación fue inferior a la del candidato ganador, buscando no la justicia sino el provecho propio y tratando de asaltar la voluntad popular, mostrando su descontento por una medida que ellos mismos autorizaron e incluso solicitaron.

"Las casetas para la protección de los jurados en (sic) insuficiente y este es un hecho notorio pues las casetas desde hace muchos años tienen las mismas caracteristicas (sic) y en ellas no caben sino escasamente los jurados de votación, carecen de paredes laterales, es decir que las inclemencias del tiempo deben ser soportadas por los jurados y en el caso en cuestión el techo era de plástico como lo manifiestan los testigos citados y la delegada del Registrador de Soacha en sus exposiciones habiendo pues a corta distancia un salón comunal disponible con todas las seguridades y con ayuda de la policía, para facilitar el trabajo del escrutinio proteger los pliegos electorales de la lluvia y a los mismos testigos

electorales, además de la fuerza pública obvio es concluír (sic) que el trslado (sic) se justificara. El que en otros puestos a pesar de la lluvia no se hayan trasladado para realizar el escrutinio, no desdice de la decisión tomada en Compartir pues otras podían ser las circunstancias en esos otros puestos, como por ejemplo carecer de un lugar cercano y adecuado para el traslado o carecer de las seguridades para llevarlo a cabo, en todo caso circunstancias de las que no careció el puesto de Compartir.

"Otro aspecto a tener en cuenta es el de que eran las Delegadas del Registrador Municipal de Soacha, quienes debían tomar la decisión por cuanto el Registrador por mandato de la ley a partir de las 4 p.m., debe permanecer junto con los claveros al lado del arca triclave el día de elecciones lo que le imposibilita para estar en el puesto que se le necesite y tomar decisiones. Es por ello que existen sus delegados en los puestos de votación.

"Del alegato de la fiscal anteriormente transcrito se desprende, que la causal 8ª del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986, desapareció como causal de nulidad, según lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, subrogatorio del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, al haberse producido el fenómeno de la purga de la ilegalidad, que consiste en considerar no viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento, si la norma señalada como quebrantada ha desaparecido en la vida jurídica en el momento de producirse el fallo del juez contencioso administrativo, por derogatoria o subrogación.

"La Ley 62 de 1965, en su artículo 17, modificó el artículo 223 del C. C. A., sin incluír (sic) el numeral 6, del citado artículo que elevada (sic) a la categoría de causales de nulidad los eventos previstos como causales de reclamación en el artículo 42 de la ley (sic) 96 de 1985, actualmente incluídas (sic) y en el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986.

"En consecuencia, en el caso *sub examine*, al no estar vigente en la actualidad la norma invocada como tal por el accionante no pueden prosperar las súplicas de la demanda. No prospera el cargo.

"Adicionalmente, los hechos de la demanda pretenden que la causal 8ª del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986, se aplique a las actas de los jurados de votación, por cuanto fueron elaboradas y firmadas en lugar distinto de donde funcionaron las mesas para recepcionar los votos.

"Ahora bien, de la lectura atenta de la norma se desprende, que se refiere a las actas que elabora la comisión escrutadora. Es decir la norma la norma (sic) se refiere, el (sic) acta extendida por los delegados del Consejo Nacional Electoral, y no al escrutinio preparado por los jurados de votación. En consecuencia para la Sala, la causal de nulidad invocada tampoco puede prosperar, por cuanto no sería aplicable al caso planteado. No prospera el cargo.

"Por otro lado, la misma causal 8ª del artículo 192 del C. E. permite que se sanee con una justificación certificada por el funcionario electoral competente.

"En el expediente obran justificaciones, varias como fueron transcritas en el alegato del fiscal, luego, para la Sala, también estaría justificado el hecho de haber trasladado las mesas que se piden sean anuladas. En consecuencia por este aspecto tampoco puede prosperar el cargo.

"2. *Irregularidades en las firmas de los jurados de votación.*

"El libelista plantea la demanda como sigue:

" 'La causal 3ª del artículo 192 del C. E. ordena excluír (sic) del escrutinio los sufragios de aquella mesa de votación donde las actas estén firmadas *válidamente* por solo uno o dos de sus jurados.

" 'Deberá hacerse, por tanto, una revisión de las actas para establecer si se cumplió mínimamente con la formalidad de las firmas, y, con el auxilio de peritos grafólogos, averiguar si alguna de las firmas que allí aparecen pertenecen o no a los jurados de votación correspondientes'.

"Se observa:

"El accionante invoca como causal de nulidad la 3ª del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986, que a la letra dice:

" 'Cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos'.

"Del plenario se desprende que en el caso de autos, los demandantes por ningún lado cuestionan el hecho consagrado por la causal 3ª del artículo 192 del C. E. sino que en los hechos de la demanda el accionante, manifiesta que las actas aparecen firmadas, por personas distintas a los jurados de votación. Afirmación que no está probada en el informativo,

y es principio de derecho aceptado, que quien alega debe probar. Por consiguiente para la Sala, este cargo no puede prosperar, por cuanto nos encontramos ante una jurisdicción rogada, en la cual el fallador debe estarse a las normas y conceptos indicados por el actor, y en el caso *sub lite* no se ha probado la violación de la causal invocada por ello las súplicas de la demanda deben despacharse de una manera desfavorable a las pretensiones del actor.

"3. *Votos anulados sin justificación conocida, en aparente violación del Sistema Electoral y del principio de la eficacia del voto.*

"En cuanto a este cargo el accionante argumenta de la siguiente manera:

" 'El que hubiesen anulado sufragios válidos, contra lo dispuesto sobre votos nulos en los artículos 134 y siguientes del Código Electoral, sin duda es una «violación del sistema electoral adoptado en la constitución (sic) Política y leyes de la República», según la causal de nulidad consagrada en el numeral 4 del artículo 223 del C. C. A.'.

"Por otra parte, es un atentado contra el principio de la eficacia del voto, consagrado en el artículo 1º del Código Electoral. Precisamente en invocación de este principio solicito que se computen los votos que *sin motivo expreso ni aparente*, hubieren sido anulados por los jurados de la mesa de votación, para dar así validez 'al voto que represente expresión libre de la voluntad del elector'.

"Del estudio del plenario no aparece probado tampoco que se hubiesen anulado votos, además tampoco se sabe a qué mesas corresponden los votos anulados, ni los hechos, es decir es una afirmación general que hace el demandante, sin indicar en concreto los hechos, los cuales no están probados, y por ello no pueden prosperar las súplicas de la demanda".

La apelación:

Contra la sentencia proferida por el tribunal, se interpone por el actor el recurso de apelación; lo sustenta con los siguientes argumentos:

"1. Elaboración y firma de las actas en sitio distinto de donde debía funcionar la Corporación Escrutadora.

"De acuerdo con los hechos descritos de la demanda, y que fueron sustentados y probados en el curso del proceso se infiere nítidamente la configuración de la causal de reclamación consagrada en el ordinal 8º del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral), que es a su vez causal de nulidad de las correspondientes actas de escrutinio de los jurados de votación, por remisión que a dicha causal hace el numeral 6º del artículo 65 de la ley (sic) 96 de 1985, modificatorio del artículo 223 del C. C. A.

"1. 'Purga de la ilegalidad'.

"Consideró el honorable Tribunal Contencioso, que al no estar vigente la norma invocada como tal por el accionante no puede prosperar la súplica de la demanda. Al respecto, se anota que la causal 8 del artículo 182 (sic) del Decreto 2241 de 1986, desapareció como causal de nulidad, según lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, subrogatorio del artículo 65 de la Ley 96 de 1985.

"Se manifiesta que el fenómeno de la purga de la ilegalidad, consiste en considerar no viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento si la norma señalada como quebrantada ha desaparecido en la vida jurídica en el momento de producirse el fallo del Juez Contencioso Administrativo, por derogatoria o subrogación.

"Respetuosamente me aparto de la aplicación de esta figura jurisprudencial, por considerar que hay normas positivas (sic) que resuelven cualquier incongruencia u oposición entre ley anterior y ley posterior, estableciendo claramente el tránsito legal del derecho antiguo a derecho nuevo.

"La situación planteada implica un problema de vigencia de la ley en el tiempo, referido concretamente a motivos de anulación de las actas de escrutinio de los jurados de votación, cuyas consecuencias no pueden desconocerse ni vulnerarse por leyes posteriores, lo cual, resulta inaceptable tanto en el derecho público como en el derecho privado.

"Las normas de derecho público, si bién, (sic) tienen un efecto inmediato, no significa que puedan desconocer las consecuencias jurídicas ya producidas por normas anteriores, que son invulnerables dentro de un régimen de derecho.

"El tema de la vigencia de la ley en el tiempo debe analizarse, en los tres aspectos que plantea su aplicación práctica.

"1. La determinación de (sic) momento en que comienza a surtir efectos la ley.

"2. La del momento en que deja de tener vigencia y,

"3. La irretroactividad de la ley.

"Según los principios generales de nuestro ordenamiento, la ley rige para el futuro, salvo expresas ecepciones (sic) constitucionales. Es obligatoria en virtud de su promulgación y sólo puede surtir efectos con retroactividad a la fecha en que promulgue puesto que la ley rige para el futuro, en general no puede tener efectos retroactivos. La excepción constitucional en materia penal confirma el principio de la irretroactividad de la ley en todos los demás campos (C. N. art. 26 inciso 2º).

"En el campo del derecho público administrativo se habla de prevalencia de las situaciones jurídicas concretas o subjetivas que no pueden desconocerse por norma posterior.

"La ley que debe seguir hacia el futuro, no puede en ninguno de los campos desconocer, ni los derechos adquiridos, ni las situaciones jurídicas concretas y subjetivas.

"Por las razones expuestas, y que ampliaré en la debida oportunidad, considero que es del caso acceder a las súplicas de la demanda y así solicito que en sentencia lo declare el honorable Consejo de Estado.

"2. Aplicación de la causal 8ª del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986.

"Con relación a esto, expresó el tribunal que 'de la lectura atenta de la norma se desprende, que se refiere a las actas que elabora la comisión escrutadora. Es decir la norma se refiere, al acta extendida por los delegados del Consejo Nacional Electoral, y no al escrutinio preparado por los jurados de votación. En consecuencia para la Sala, la causal de nulidad invocada tampoco puede prosperar, por cuanto no sería aplicable al caso planteado'.

"No obstante la consideración que me merece la apreciación de la Sala, que acogió lo expresado por la Fiscalía Quinta de la Corporación, y ésta a su vez, los sutiles argumentos del apoderado del señor Héctor F. Ramírez Vásquez, impugno dicho planteamiento por las siguientes razones:

"A. Contexto normativo de la causal invocada.

"Nuestro régimen electoral ha trazado dos vías para impugnar los resultados electorales: Una consiste en el expe-

diente de las 'reclamaciones' que en el curso de los escrutinios puede interponerse ante *las respectivas corporaciones escrutadoras*. El otro medio consiste en la vía judicial, propia de la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo.

"La ley (sic) 96 de 1985 racionalizó y reglamentó con un sentido más práctico que leyes anteriores el régimen de aquellas reclamaciones que pueden presentar los interesados, durante el proceso de los escrutinios. Dichas reclamaciones pueden presentarse ante los jurados de votación; también ante las comisiones escrutadoras distrital, municipales y auxiliares; ante los delegados del Consejo Nacional Electoral y ante este mismo.

"Varía, sin embargo, el régimen de las reclamaciones según la autoridad ante la cual se eleven, y son también diversas las competencias de los distintos organismos escrutadores.

"Las reclamaciones no pueden presentarse de cualquier manera, sino siempre por escrito; no por cualquier motivo sino sólo por las causales taxativamente señaladas en la ley; no en cualquier oportunidad sino en el transcurso de los escrutinios; no por cualquier individuo, sino por aquellos a quienes la ley reconoce un interés; no ante cualquier autoridad sino ante las *correspondientes corporaciones escrutadoras*.

"Ante los jurados de votación, únicamente son válidas las cuatro causales de reclamación enumeradas en el artículo 122 C. E. que sólo pueden ser planteadas por los testigos electorales. Los jurados de votación no tienen competencia para resolver reclamaciones: Si las hubiere, se limitarán a adjuntarlas a los documentos electorales para que sean resueltas por la (sic) comisiones municipales y auxiliares.

"Ante las *comisiones* escrutadoras municipales y auxiliares podrán formular reclamaciones los candidatos inscritos, sus apoderados, o los testigos electorales legalamente (sic) constituidos con base en las doce causales, taxativamente establecidas en el artículo 192 C. E., entre las cuales, se encuentra la numeral 8 recurrida en nuestra demanda. Las (sic) reclamaciones con fundamento en estas causales, que enumera el artículo 192 C. E., sólo podrán presentarse 'por primera vez', durante los escrutinios que practican 'las comisiones escrutadoras, distritales, municipales o auxiliares' o durante los escrutinios generales que realizan los delegados del Consejo Nacional Electoral. Las comisiones escrutadoras municipales carecen de competencia para resolverlas.

"Los delegados del Consejo resuelven las reclamaciones presentadas ante las comisiones escrutadoras municipales con base en las causales del artículo 192 C. E., y las reclamaciones que, por las mismas causales, se presenten durante los escrutinios generales que realizan dichos delegados.

"En cuanto a la vía judicial, el código estatuye que el control contencioso administrativo se extiende a todos los actos y hechos de que se compone la actividad administrativa. De ahí, que según el artículo 223 del C. C. A. modificado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, al referirse a las causales de nulidad establece: Las Las (sic) actas de escrutinio *de los jurados de votación de toda corporación electoral* (subrayo) son nulas en los siguientes casos ... 6 Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el 'artículo 42 de esta ley' (léase art. 192 C. E.).

"En ese orden de ideas, el marco general en que se encuentra inmersa la causal 8 del artículo 192 C. E., no se puede sustraer a un simple análisis de significado de la expresión 'respectiva Corporación escrutadora' para interpretarla como se ha hecho, en cuanto que la norma se esté refiriendo a las actas que elabora la comisión escrutadora, y no al escrutinio preparado por los jurados de votación. La 'corporación', que es un cuerpo o una asociación, lo mismo (que) puede predicarse que son los jurados de votación; o la comisión municipal; o la comisión auxiliar; o los delegados del Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos anteriores.

"Desconocer esa interpretación, sería tanto como dejar desprotegidos los principios orientadores reglados en la ley (léase C. E.), artículo 1º, sobre la publicidad del escrutinio, puesto que si no hay un control legal para que las actas de escrutinios realizadas por los jurados de votación, se extiendan y firmen en el lugar donde deben funcionar como corporación escrutadora, daría lugar a la fácil vulneración de ese principio tutelar y básico del proceso electoral que es la publicidad, y así los escrutinios ya no podrían ser reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas.

"B. Armonía de las normas que establecen el proceso y organización electorales.

"Con fundamento en las mismas consideraciones anteriores me, acojo a lo dispuesto en el C. E., artículo 1º en cuanto todos los funcionarios de la organización electoral del

país, en la interpretación y en la aplicación de las leyes, deben tener en cuenta sus principios orientadores.

"Siendo la acción electoral, una acción de nulidad, porque tiene por objeto la defensa de la legalidad con el acto que se demanda no sería de buen recibo, que se permitiera su transgresión so pretexto de haber desaparecido como causales de nulidad, los motivos de reclamación, cuando siguen vigentes otras normas positivas vulneradas por los hechos demandados y que tutelan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos, como el citado artículo 1º del C. E.; los artículos 134 a 144 *ibídem* (sic); y el artículo 223 (numerales 2, 4 y 6) del C. C. A. todas estas normas fueron invocadas y sustentadas tanto en el libelo de la demanda; como en las pruebas aportadas y practicadas en el proceso; y en el alegato de conclusión.

"Tampoco se cumpliría el objeto del Código Electoral, si bajo interpretaciones perspicaces, se deja sin defensa legal, la exigencia de realizar los escrutinios por parte de los jurados de votación en los sitios donde funcionaron las mesas de votación. Al respecto, hago propios los argumentos sobre el incumplimiento de este mandato legal, presentados por el doctor Augusto Hernández Becerra, en el alegato de conclusión (fls. 01 a 05 de su escrito), planteamientos que el honorable Tribunal no tomó en cuenta.

"Por estos motivos esbozados, solicito al honorable Consejo de Estado declare en sentencia acceder a las peticiones formuladas.

"3. Justificación certificada por el funcionario electoral competente.

"Finalmente, el Tribunal al desechar el cargo propuesto, estimó que la causa 8 del artículo 192 del C. E., permite ser saneada con una justificación, que al decir de dicha Corporación, obra en el expediente.

"También con respecto (sic), me aparto de tal conclusión por considerar que se prohijó un análisis ligero y equivocado del apoderado del señor Ramírez Vásquez, que no se ajusta al verdadero sentido del precepto legal que lo consagró, como se explica en el libel (sic) de demanda, se corroboró en el acervo probatorio y se sostuvo en el alegato de conclusión (ver fls. 05 a 07 de este escrito)".

El concepto Fiscal:

El señor Fiscal Octavo del Consejo de Estado, en su concepto de fondo, plantea las cuestiones del proceso en los siguientes términos:

Al punto relativo a la "purga de ilegalidad" observa:

> "...si la causal de reclamación contemplada en el ordinal 8º del artículo 192 del Decreto-ley 2241 de 1986 desapareció como causal de nulidad el 14 de diciembre de 1988 en virtud de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 62 del mismo año, a esta disposición no se le puede dar carácter retroactivo sino que se aplica a aquellas situaciones o procesos presentados a partir de 14 de diciembre de 1988 y no a los anteriores, como ocurre en el caso de autos.
>
> "De acuerdo con lo anterior, se tiene que como el presente proceso se inició antes de 14 de diciembre de 1988, le son aplicables las disposiciones del artículo 192 del Decreto-ley 2241 de 1986 y no las contenidas en el artículo 17 de la Ley 62 de 1988".

Concluye el análisis de este aspecto con la transcripción de la tesis sostenida por la Sala, con ponencia del Consejero doctor Miguel González Rodríguez, en sentencia de 25 de septiembre de 1989, para referirse a ese aspecto de la "purga de ilegalidad".

Al hacer el examen del cargo relacionado con la causal de nulidad consagrada bajo el numeral 8º del artículo 192 del Código Electoral, expresa:

> "Son diferentes las actas de los jurados de votación que son elaboradas y firmadas el día de las elecciones por sus integrantes y las actas elaboradas y firmadas por los miembros de la comisión escrutadora, las cuales son posteriores (arts. 134 y ss. del Código Electoral y 157 y ss. de la misma obra).
>
> "Como la justicia contencioso administrativa es rogada y las causales de nulidad son taxativas y de interpretación y aplicación restrictiva, no puede sostenerse una asimilación entre las actas de los jurados de votación y las correspondientes a la comisión escrutadora. Entonces, está mal invocada la norma en el libelo".

Respecto a los otros cargos, argumenta el señor Fiscal:

> "Ahora, en lo tocante a la causal 3ª del artículo 192 del Código Electoral alegada en el libelo referente a los 4 ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación que deben estar firmadas por lo menos por tres integrantes, en la demanda se afirma que las citadas actas fueron firmadas por personas distintas a los jurados de votación, pero ello no se encuentra acreditado en el proceso y esta carga probatoria le correspondía al actor.

"También se sostiene en la demanda que fueron anulados votos sin justificación, con violación del sistema electoral y del principio de la eficacia del voto, según la causal 4ª del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, pero este hecho alegado tampoco se encuentra comprobado en el proceso, por lo cual tampoco puede prosperar este cargo.

"De acuerdo con lo anterior, las pretensiones de la demanda no pueden prosperar, y por consiguiente, esta Agencia del Ministerio Público solicita al honorable Consejo de Estado se confirme la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de julio del corriente año, dictada en este proceso".

Consideraciones de la Sala:

Tres son los cargos formulados por el actor para solicitar la nulidad del acto acusado: 1. Que las actas de los jurados de votación de las mesas 1 a 7 del puesto Compartir de la zona 1 del Municipio de Soacha fueron elaboradas y firmadas en un lugar distinto a aquél "en donde debía funcionar la corporación escrutadora", sin que mediara justificación certificada por el funcionario electoral competente. 2. Que las actas de los jurados fueron firmadas por personas distintas a aquéllas que intervinieron como tales; y 3. Que fueron anulados votos sin ninguna justificación. Para el demandante, tales cargos configuran las causales de nulidad consagradas en los ordinales 8 del artículo 192 del Código Electoral, 3 de la misma disposición; y numeral 4 del artículo 223 del C. C. A.

A cada uno de dichos cargos se referirá la Sala, en su orden y en los siguientes términos:

Al primer cargo:

De conformidad con el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, toda demanda ante la Jurisdicción Administrativa deberá contener, entre otros aspectos, "los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación".

El texto citado por el actor como violado, es decir, el ordinal 8 del artículo 192 del Código Electoral, ha sufrido dos modificaciones: Una, mediante el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, y otra, a través de la Ley 62 de 1988, cuyo artículo 17 modificó el contenido del citado artículo de la Ley 96 del año 1985.

Desde luego, es evidente que el cargo planteado no puede examinarse a la luz de la tesis denominada "purga de ilegalidad", como lo

hace el *a quo*, pues que la jurisprudencia en este sentido ya fue ratificada en el fallo que el señor Fiscal Octavo de la Corporación transcribe, y al cual la Sala se remite.

Así las cosas, la cuestión deberá dilucidarse con lo dispuesto por la Ley 96 de 1985, en su artículo 65, y lo preceptuado en el decreto que consagró el Estatuto Electoral, expedido precisamente con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas al Ejecutivo por esa ley.

El artículo 65 de la Ley 96 de 1985, por medio del cual se modificó el 223 del C. C. A., expresa:

> "*Causales de nulidad.* Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:
>
> "... 6. Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de esta ley".

Por su parte, ese artículo 42, en su ordinal 8º, erige como causal de reclamación "cuando el acta se extienda y firme en sitio distinto del lugar o local en donde deba funcionar la respectiva corporación escrutadora, salvo justificación certificada por el funcionario electoral competente".

Del texto del primer inciso del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, se deduce que el legislador distingue entre las actas en que los jurados de votación consignan el cómputo de los votos de aquéllas suscritas por las denominadas "corporaciones escrutadoras" por el Código Electoral, que no son otras que las "comisiones escrutadoras". Y para corroborar esas apreciaciones, basta leer en el artículo 42 de esa misma ley, para encontrar cómo al referirse a las reclamaciones utiliza indistintamente esas dos expresiones. En su parágrafo, por ejemplo, se refiere a "comisiones escrutadoras". Vale la pena transcribir su texto completo, que arroja luz sobre el punto que se dilucida. Dice así:

> "*Parágrafo.* Las reclamaciones de que trata este artículo podrán presentarse por primera vez durante los escrutinios que practican las *comisiones escrutadoras distritales, municipales o auxiliares,* o durante los escrutinios generales que realizan los delegados del Consejo Nacional Electoral; las comisiones escrutadoras distritales, municipales o auxiliares carecen de competencia para resolverlas y las agregarán a los pliegos electorales para que sean decididas por los delegados del Consejo Nacional Electoral; contra las resoluciones de éstos habrá apelación en el efecto suspensivo ante el Consejo Nacional Electoral" (subraya la Sala).

Así que, de conformidad con la ley, las reclamaciones pueden formularse ante las corporaciones escrutadoras o comisiones escrutadoras. Las actas en donde quedan registradas tales reclamaciones o los escrutinios realizados por esas instituciones, son a las que se refiere el ordinal 8 del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, y no a las actas de los jurados de votación, en las que simplemente se hace constar el cómputo de votos realizado por los jurados de votación.

Lo hasta ahora dicho lleva a la conclusión de que el cargo que se examina resulta impropio desde el punto de vista legal, y frente al enfoque fáctico tampoco podría prosperar, aún en el extremo de que se diera una interpretación de tipo legal contraria a la que quedó expuesta. En efecto, está demostrado que los jurados de votación del puesto Compartir, en Soacha, el día de las elecciones, y ante el fenómeno físico de la lluvia desatada se vieron obligados a realizar el conteo de votos en sitio distinto al de la ubicación de las mesas de votación, previa la autorización correspondiente. Basta leer para corroborar este aserto, lo consignado en el acta de los delegados del Consejo Nacional Electoral (fl. 18 del cuaderno principal) y el testimonio de Luz Aida Hoyos Ocampo, Delegada del señor Registrador de Soacha para las elecciones de 13 de marzo de 1988, en la zona 1, puesto 2, del barrio Compartir (fl. 241 del cuaderno principal).

Al segundo cargo:

El artículo 42 de la Ley 96 de 1985 señalaba como motivo de reclamación, que generaba nulidad, "cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos".

Afirma el actor en su demanda que "...las actas aparecen firmadas por personas distintas de los jurados de votación, que es lo que a todas luces ha ocurrido en el caso expuesto, si se comparan las firmas de las actas de escrutinio con las de las actas de instalación".

Esta afirmación está en desacuerdo con lo probado en el proceso, especialmente con el experticio presentado por los peritos grafólogos Roberto Vásquez Mora y Bernardo Segura Convers (fls. 197 a 206 del cuaderno principal), legalmente producido y no objetado. Su conclusión, consignada en el aparte final del dictamen, es del siguiente tenor:

> "...las firmas cotejadas en este estudio no adolecen de ninguna clase de falsedad, correspondiendo todas ellas a los jurados que aparecen en los formatos E9 y E6 en el pleito".

El último cargo, consistente en que se violó el sistema electoral y el principio de la eficacia del voto, pues que, según el actor, fueron anulados votos sin justificación *alguna*, con lo cual se configuró la causal 4ª del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, no encuentra tampoco una cabal comprobación. En efecto, la documen-

tación aportada al proceso no establece con evidencia que la irregularidad anotada por el actor hubiera tenido ocurrencia. La afirmación en el sentido de que "en los puestos de votación León XIII (119 votos nulos), La Despensa (154 votos nulos), Cazucá (31), San Mateo (54) y El Bosque (112)", se anularon votos "sin justificación conocida", no fue suficientemente probada. La única prueba que señala el hecho irregular denunciado por el demandante, reposa en la constancia sentada por la Comisión Escrutadora Municipal en el acta respectiva, en donde se lee: "...mereciendo especial importancia el hecho de que no se hicieron las debidas observaciones acerca de la anulación de votos..." (fl. 71 del cuaderno principal, en donde aparece la respectiva hoja del acta, autenticada, y folio 137 del cuaderno de pruebas de la parte actora, en donde figura esa misma hoja, como integrante de toda el acta, pero sin autenticar).

La observación de la Comisión Escrutadora Municipal tiene un carácter general, cuya vaguedad no permite que se especifiquen las mesas en donde el hecho señalado hubiera podido tener ocurrencia. En tales circunstancias, no puede aceptarse la afirmación del actor, quien expresamente señala unos sitios en donde se presentó la anulación de votos.

Además, no puede concluirse que los hechos que el demandante califica de irregulares, atenten contra el sistema electoral colombiano ni que se hubiera menoscabado el principio de la eficacia del voto. No hubo, por ejemplo, destrucción o pérdida de votos emitidos en las urnas, ni de las actas en las cuales se hizo constar el resultado de las votaciones, tal como se deduce en los escrutinios realizados por las corporaciones o comisiones encargadas de hacerlos. En el caso *sub examine,* ni la irregularidad anotada ni el proceso seguido para culminar con la investidura del señor Héctor F. Ramírez Vásquez como alcalde municipal de Soacha, tiene la virtualidad para predicar que se quebrantó el sistema electoral colombiano, ni mucho menos para afirmar que sufrió mengua el principio de la eficacia del voto.

No prospera, por tanto, el último cargo analizado.

Por lo expuesto, no encontrando motivos que invaliden la actuación, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

Falla:

1º Confírmase en todas sus partes la sentencia de fecha treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este proceso.

2º Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Jorge Penen Deltieure, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO - Fallos / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia

El artículo 6º de la Ley 14 de 1988 que creó la Sección Quinta y que subrogó el artículo 231 del C. C. A., perentoriamente estableció que contra los fallos de ésta no procedería recurso alguno, lo que incluye el extraordinario de súplica existente en el momento de expedición y vigencia de dicha ley.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., nueve de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 0323. Recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de junio 19 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en relación con la acción electoral promovida contra el acto de elección del señor Jaime Pumarejo Certaín, como alcalde de Barranquilla para el período 1988-1990. Actor: Gustavo Certaín D. y otros.

El señor apoderado especial del demandado-apelante Jaime Pumarejo Certaín, dentro de la oportunidad legal para ello, ha interpuesto recurso de reposición contra la providencia dictada por esta Sección con fecha 26 de octubre del presente año, en cuanto por medio de ella se deniega la concesión del recurso extraordinario de súplica, que ejercitara contra el auto de 11 del mismo mes y año por el cual se denegó, parcialmente, la aclaración de la sentencia de septiembre 25 de 1989, por improcedente al tenor del artículo 309 del C. de P. C.; se deniega la concesión de los recursos extraordinarios de súplica interpuestos por el peticionario, contra el auto de octubre 11 de 1989 que negó la nulidad procesal propuesta por el demandado y se abstiene de darle trámite a la solicitud formulada con fundamento en el artículo 312 del C. de P. C.; se abstiene de dar curso, con destino a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, a los memoriales por los cuales el demandado, directamente o por conducto de su apoderado especial, interpone recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de septiembre 25 de 1989 y la providencia de octubre 11 del mismo año, dictadas por esta Sección, que deciden la apelación de la sentencia del *a quo*, sobre la nulidad procesal propuesta por las mismas personas y deniega la remisión del proceso a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; se abstiene, una vez más, de dar curso, con destino a la Sala Plena

de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, al memorial por medio del cual el demandado, con fundamento en el artículo 312 del C. de P. C., solicita de dicha Sala Plena asuma la competencia para decidir el recurso de apelación ejercitado contra la sentencia de primera instancia; y, se ordena la remisión del proceso de la referencia, sin más dilaciones, al Tribunal Administrativo del Atlántico para lo de su competencia, por encontrarse ejecutoriada la sentencia proferida por este tribunal el 25 de septiembre del presente año.

En subsidio, solicita el recurrente se ordene la expedición de copia autenticada de la parte pertinente de la actuación, para ejercitar el recurso de queja ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación.

Fundamenta el peticionario los recursos de reposición que ejercita en número de seis, estando dirigidos todos contra la misma providencia —lo que no entiende la Sala—, en los mismos argumentos que planteara con motivo de la proposición de la nulidad procesal, con motivo de la interposición de los recursos extraordinarios de súplica y con ocasión de la solicitud hecha en el sentido de que el conocimiento del proceso sea asumido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, para en virtud de ello fallar definitivamente el recurso de apelación, ya fallado por la Sección, o sea, en síntesis: Que contra las sentencias y autos interlocutorios de la Sección Quinta de la Sala Contenciosa, procede el recurso extraordinario de súplica establecido por la Ley 11 de 1975, artículo 2º, y regulado, ahora, por el artículo 21 del Decreto-ley 2304 de octubre 7 de 1989, que subrogó el artículo 130 del C. C. A.; que la norma del artículo 21 del Decreto-ley 2304 de 1989, derogó el artículo 231 del C. C. A. (art. 6º de la Ley 14 de 1988); y, que el recurso fue ejercitado en término, es decir, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia recurrida o de las providencias interlocutorias.

Sostiene, además, que la sentencia de 25 de septiembre del año en curso, por el cual esta Sala decidió el recurso de apelación ejercitado contra la sentencia de primera instancia, no se encuentra ejecutoriada, en razón del ejercicio de los recursos extraordinarios de súplica y de los demás recursos e incidentes planteados ante la Sala.

Para resolver, *se considera:*

La Sala se ve precisada a reiterar, una vez más, lo que en torno a la procedencia o improcedencia del recurso extraordinario de súplica consagrado en el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 y reglamentado en mejor forma en el artículo 21 del Decreto-ley 2304 del presente año, subrogatorio del artículo 130 del C. C. A., ha venido sosteniendo sobre el particular, a saber:

1. El artículo 6º de la Ley 14 de 1988, que creó esta Sección Quinta para que a través de ella el Consejo de Estado tramitara y decidiera

todos los procesos electorales y que subrogó el artículo 231 del C. C. A., perentoriamente estableció que contra los fallos de la Sección Quinta no procedería recurso alguno, lo que incluye el extraordinario de súplica existente en el momento de expedición y vigencia de dicha ley, razón por la cual no se puede, para desconocer su tenor literal, invocar disposiciones anteriores a su expedición, las que indubitablemente no tienen operancia en cuanto estén en contradicción con las de la nueva ley, o sea, la 14 de 1988.

2. El artículo 6º de la Ley 14 de 1988 no fue derogado expresamente por el artículo 68 del Decreto-ley 2304 de 1989, ni lo podía ser, por cuanto no es posible que el Ejecutivo, en ejercicio de facultades delegadas por el Congreso por medio de una ley, como es la 30 de 1987, anterior, pueda ir contra el ordenamiento posterior expedido por el propio Congreso Nacional, o sea, la Ley 14 de 1988, para en esa forma derogar la disposición que estableció la improcedencia de recurso alguno contra las sentencias de la nueva Sección Quinta de asuntos electorales.

3. Tampoco con la expedición del artículo 21 del Decreto-ley 2304 de 1989, subrogatorio del artículo 130 del C. C. A., se ha podido producir la derogatoria tácita del artículo 231 del C. C. A. (art. 6º de la Ley 14 de 1988), no sólo por lo antes dicho, sino por cuanto, aceptando, en gracia de discusión, que existía una contradicción entre los dos ordenamientos, el contenido en el artículo 130 y el contenido en el artículo 231, se debe dar aplicación al artículo 10 del C. C. (art. 5º de la Ley 57 de 1887, numeral 2).

4. En la Ley 30 de 1987, sólo se le otorgaron al Gobierno las facultades precisas para suprimir el recurso extraordinario de anulación y para ampliar el recurso ordinario de apelación, no para ampliar o extender el recurso extraordinario de súplica (art. 1º, literal j), y, por otra parte, también se le concedieron facultades para "*simplificar el trámite en los procesos judiciales* y ajustarlo a la informática y las técnicas modernas" (literal E, art. 1º *ibídem*), y no para complicar o extender esos trámites procesales y con ello dilatar los procedimientos y la oportuna decisión de los litigios, en especial los de carácter electoral que el legislador siempre ha querido que se decidan prontamente.

Por todo ello, la Sala negará el recurso de reposición ejercitado contra su providencia de 26 de octubre pasado, y atendiendo la petición del recurrente, ordenará la expedición de copia de la parte pertinente de la actuación, para que, dentro de la oportunidad legal, ejercite el recurso de queja ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, no sin antes dejar de observarle al recurrente que, conforme a la ley, a la jurisprudencia y a la doctrina, los medios de impugnación de las providencias judiciales (especialmente la apelación, la súplica y la súplica extraordinaria) se ejercitan ante

el funcionario que dictó la providencia jurisdiccional recurrida, quien debe decidir si concede o no el respectivo recurso. En el evento de no concederse, para ello existe el recurso de queja.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, *resuelve:*

1º *Niéganse* los recursos de reposición ejercitados por el apoderado del demandado-recurrente Jaime Pumarejo Certaín, a que se hizo referencia en la parte motiva de esta providencia, contra el auto de 26 de octubre de 1989, dictado por esta Sección.

2º *Ordénase* que, por la Secretaría y a costa de la parte interesada, se expidan copias autenticadas de la sentencia de 25 de septiembre de 1989, de la providencia de octubre 26 del mismo año, de esta providencia, dictadas ellas por la Sección Quinta de la Corporación dentro del proceso de la referencia, así como de los memoriales presentados por el señor apoderado especial del demandado Jaime Pumarejo, ejercitando los diversos recursos extraordinarios de súplica y los diversos recursos de reposición contra la providencia de octubre 26 de 1989. Así mismo, si así lo desea el indicado apoderado, copias de la providencia de octubre 11 de 1989, en cuanto denegó, parcialmente, la aclaración de la sentencia de septiembre 25 del mismo año, negó la nulidad procesal propuesta y se abstuvo de darle trámite a la petición formulada con fundamento en el artículo 312 del C. de P. C., y demás piezas del proceso que considere necesarias para la interposición del recurso de queja.

El recurrente deberá suministrar lo necesario para compulsarlas en el término de cinco días, y la Secretaría dejará testimonios en el expediente y en la copia que se expida, de la fecha en que se entregue ésta al interesado (art. 378 del C. de P. C.).

3º Entregadas las copias al recurrente, la Secretaría procederá a la devolución del expediente al tribunal de origen, para lo de su cargo, y si las copias no se compulsan por culpa del recurrente, previamente al cumplimiento de lo dispuesto en este mismo numeral, pasará el negocio al despacho para declarar precluido el término para expedirlas, con el informe de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Miguel Viana Patiño,* Conjuez.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONGRESISTA - Inhabilidades / EMPLEO DE ELECCION POPULAR

En materia de inhabilidades o de incompatibilidades de senadores y representantes para ser elegidos para otros destinos o empleos de elección popular, en una misma fecha o dentro de su período constitucional de cuatro años, sólo existe la prohibición contenida en el inciso final del artículo 108 de la Constitución; es decir, que nadie puede ser elegido simultánamente senador y representante o senador o representante por más de una circunscripción electoral; situación que no se extendió a los casos de acumulación de empleos de senador o representante y diputado a las Asambleas o concejal municipal, ni a los de diputado y concejal.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., nueve de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 0336. Recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha agosto 22 de 1989, que puso término en primera instancia a la acción electoral relacionada con la nulidad de la declaratoria de elección de algunos ciudadanos como concejales principales del Distrito Especial de Bogotá, para el período constitucional de 1988-1990. Actor: José Ignacio Vives Echeverría.

Conoce la Sala del recurso de apelación ejercitado por el ciudadano-demandante, José Ignacio Vives Echeverría, contra la sentencia proferida el día 22 de agosto de 1989 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se negaron las súplicas de la demanda enderezada a obtener la declaración de nulidad del acto proferido el 13 de abril de 1988, por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, que hizo la declaratoria de elección de concejales del Distrito Especial de Bogotá, para el período de 1988-1990, pero únicamente en cuanto por medio de dicho acto fueron declarados elegidos como tales los doctores Luis Carlos Galán Sarmiento, Ernesto Samper Pizano, Daniel Mazuera Gómez, Consuelo Salgar Montejo, Telésforo Pedraza Ortega y Jaime Arias Ramírez, y para que, en su lugar, sean llamados

a ocupar el cargo de concejal el respectivo primer suplente de las listas encabezadas por los mencionados ciudadanos.

I. *Los fundamentos de la acción.* Invoca el accionante-apelante como causal de nulidad la "quinta" del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que "las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos: ... 5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electos", en armonía con el artículo 228 *ibidem* que preceptúa que "cuando un candidato no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, podrá pedirse ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo la nulidad de la elección hecha en favor de ese candidato y la cancelación de la respectiva credencial", por cuanto considera que los demandados eran inelegibles en los términos del artículo 83 del Decreto-ley 1333 de 1986, según el cual "...tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido *empleados oficiales,* ni quienes, en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo público" (subrayado fuera de texto), ya que los elegidos por medio del acto acusado, como congresistas elegidos para el período constitucional en curso, son "empleados oficiales" y lo eran, igualmente, dentro de los seis meses anteriores a su elección como concejales principales del Distrito Especial de Bogotá.

Para demostrar la calidad o condición de "empleados oficiales" de los congresistas colombianos, el actor invoca, entre otras normas, las contenidas en los artículos 65 de la C. P., 251, 253 y 270 a 282 de la Ley 4ª de 1913, 6º del Decreto 1950 de 1973, reglamentario de los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, y las Leyes 48 de 1962, artículo 7º, 28 de 1963 y 33 de 1985, artículos 1º, 3º, 6º, 7º y 13.

II. *La sentencia apelada y su fundamento.* El *a quo* denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

1ª El Decreto-ley 1333 de 1986, en su artículo 83, recogió en su totalidad el artículo 54 de la Ley 11 de 1986.

2ª El Decreto-ley 1333 de 1986 dada su naturaleza jurídica y el efecto que le quiso dar el legislador, según las voces del artículo 76 de la Ley 11 de 1986, tiene un efecto compilador y derogatorio de normas anteriores referidas al régimen municipal.

3ª Si de la Ley 11 de 1986 se ha predicado, según la jurisprudencia y la doctrina que se transcriben, su no aplicabilidad al Distrito Espe-

cial de Bogotá, fuerza hacer conclusión igual para el Decreto-ley de marras, si como se ha visto contiene la totalidad del precepto apoyo de la demanda y en una disposición que aunque nueva y posterior, no tiene misión distinta a la de contener un estatuto único, producto de la labor de compilación ordenada. Este fin y ámbito de aplicación lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en reciente decisión, como se verá.

4ª No obstante ser de naturaleza legal el Decreto 1333 por haber tenido origen en la ley de facultades extraordinarias, la ley que lo propició en parte alguna hizo referencia a la posibilidad de extender al Distrito Especial de Bogotá sus regulaciones, tal como se puede apreciar en el ordinal b) del artículo 76, en el que se precisa una misión restringida del legislador habilitado; la locución "administración municipal" que ahí se indica tiene una significación precisa en su alcance en virtud del ordenamiento constitucional contenido en el artículo 199, según el cual la ciudad de Bogotá no está sometida al régimen municipal ordinario, lo cual supone que el tratamiento legal debe ser muy concreto y orientado a su naturaleza de excepción en la organización administrativa del país.

5ª Al concluir la Corte Suprema de Justicia que la Ley 11 de 1986 ha quedado insubsistente por razón de la expedición del Decreto-ley 1333 de 1986, según el efecto que la primera quiso darle, se está en que la última disposición contiene el estatuto de inhabilidades e incompatibilidades de los agentes municipales y no distritales.

No cabe duda —concluye el *a quo*— que el cargo formulado contra la decisión del Consejo Nacional Electoral, no puede ser despachado favorablemente, debido a que la norma de derecho que se considera transgredida no tiene efecto regulador en el Distrito Especial de Bogotá, lugar en el cual se produjo la elección.

III. *La apelación y su fundamento.* Durante el término que se corrió a las partes para alegar de conclusión, el accionante-apelante insiste en su planteamiento de que los congresistas son "empleados oficiales" y que por ello, para poder ser elegidos concejales deben haber cesado en el ejercicio de su cargo seis meses antes de la fecha de la elección como concejales. Cita en apoyo de su planteamiento a diversos tratadistas nacionales y extranjeros, y, además, algunas otras normas diferentes a las que invocó en su libelo inicial.

Y, en cuanto hace relación a la sentencia de primera instancia, manifiesta:

a) La susodicha sentencia omitió refutar la tesis planteada en su alegado de 13 de junio de 1989, según la cual los congresistas son empleados oficiales, como así bien lo consideró la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de

febrero 3 de 1981, ponencia del señor consejero Martínez Conn, inmodificable por la Sección Quinta de la misma Corporación;

b) No se comparte lo que el fallo apelado da como cierto cuando expresa que ni el artículo 83 del Decreto-ley 1333 de 1986, ni el artículo 54 de la Ley 11 de 1986, cuyos textos son literalmente idénticos, son aplicables a los concejales del Distrito Especial de Bogotá, por cuanto con posterioridad a los fallos que se invocan en la sentencia apelada en respaldo de su tesis, y concretamente mediante la Ley 09 de enero 11 de 1989, y precisamente en su artículo 125, el legislador expresó tajantemente:

"*Artículo 125*. 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 régimen especial*" (subraya al impugnador).

"Lo anterior significa, que cuando el Decreto-ley 1333 de 1989 se refiere a los *municipios*, a los alcaldes o concejos o concejales municipales, debe entenderse también que la referencia comprende al Distrito Especial de Bogotá, al alcalde o al Concejo Distrital de Bogotá, desde que en el estatuto del Distrito Especial de Bogotá, que lo es el Decreto 3133 de 1968, no haya expresa y precisa para el caso" (sic).

IV. *El fundamento del apoderado del impugnador Jaime Arias Ramírez, para solicitar la no revocatoria de la sentencia apelada.* Se remite de nuevo a los argumentos expuestos con el escrito de contestación de la demanda, que en síntesis son los relativos a la inaplicabilidad de la norma contenida en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, para la época de la elección de su patrocinado.

Y en cuanto hace relación al argumento del accionante-apelante relacionado con la expedición de la Ley 9ª de 1989, dice que "si bien puede afirmarse que a partir de la llamada Ley de Reforma Urbana (Ley 09 de 1989), en virtud de lo dispuesto en su artículo 125, dicho artículo 83 del Decreto 1333 empezó a regir en el Distrito Especial de Bogotá, lo cierto es que la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado, en concepto de junio 12 de 1989, conceptuó que la disposición de esta Ley de Reforma Urbana no podía aplicarse con ese alcance, que, de todas maneras, el Decreto 1333 de 1986 era inaplicable para el Distrito Especial de Bogotá.

"Pero adóptese una u otra tesis, aún la más favorable al demandante, lo cierto es que el artículo 83 del Decreto 1333 no regía en el momento en que se realizó la elección para concejales del Distrito Especial de Bogotá, para el período 1988 a 1990...".

V. *El concepto del señor agente del Ministerio Público.* En su concepto de primero de noviembre próximo pasado, el señor Fiscal

Séptimo de la Corporación solicita la confirmación de la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

1ª La providencia de Sala Plena de lo Contencioso de febrero 3 de 1981, ponencia del consejero Martínez Conn, parcialmente copiada en la publicación de la Registraduría Nacional del Estado Civil intitulada "Jurisprudencia Electoral del Consejo de Estado" y así mismo tomada por el apelante para este proceso, en manera alguna decidió controversia en la que, como en el *sub judice,* se pretendiera decidir "...de una vez por todas si los congresistas (senadores y representantes) son empleados oficiales...", porque de ser así, esta causa se constituiría en un atentado contra el instituto de la cosa juzgada, cuyos efectos es bien sabido que son definitivos.

"A nuestro modo de ver, la providencia antes mencionada situó a los senadores y representantes dentro de la categoría de los funcionarios públicos con criterio meramente funcional. De ahí que la providencia diga de los senadores y representantes son funcionarios públicos 'por cuanto ejercen una eminente *función pública*' (subrayas del despacho) la de legislar y como tales tienen derecho a percibir una contraprestación en dinero. Por esto obviamente los cobija la prohibición contenida en el artículo 64 de la C. N. que les impide percibir más de una asignación del Tesoro Público, siéndoles igualmente aplicables el artículo 26 del Decreto 3130 de 1968. Es entonces sobre la incompatibilidad *en las materias de remuneración* señaladas en estos dos preceptos que decidió la tantas veces referida sentencia de Sala Plena".

En cuanto a la aseveración de que el fallo proferido por la Sala Plena no puede ser modificado por la Sección Quinta, la Fiscalía transcribe lo que se dijo por esta Sección recientemente, con ponencia de quien elabora este proyecto de sentencia, sobre la autonomía de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo para tramitar y decidir todos los procesos electorales de competencia del Consejo de Estado, en razón de lo cual la jurisprudencia electoral de la Corporación es la jurisprudencia de la Sección Quinta, la que puede variar cuando así lo considere indispensable, como igualmente puede variar por no compartirla, la de la extinguida Sala Electoral o la de las Secciones de la Sala Contenciosa cuando ellas conocían separadamente de los procesos electorales, o la de la Sala Contenciosa cuando ella conocía en pleno de los mismos.

2ª Por lo que toca al segundo aspecto, o sea, la disposición contenida en el artículo 125 de la Ley 9ª de 1989, evidentemente la norma citada tiene el alcance que le demarca la ley que la contiene y ésta se refiere exclusivamente a la planificación del desarrollo municipal; sólo comprende, pues, las materias que le son propias a este tema y no se puede extender su aplicación a aspectos que le son extraños, como es el caso de las condiciones de elegibilidad o de inelegibilidad para los concejales del Distrito Especial de Bogotá.

Hay que tener en cuenta, finalmente, que las condiciones legales de inelegibilidad tienen carácter excepcional o restrictivo, pues reducen la capacidad general de todo ciudadano para ser elegido. Ese carácter indica que tales condiciones tienen que ser expresas y directas, de modo que frente a ellas no cabe analogía ni interpretación extensiva. Para que una proposición jurídica sea *justa*, no basta que sea *lógica* sino también tiene que ser *legal*, no pudiendo aplicarse si falla uno de estos aspectos.

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

Consideraciones:

1ª *Los senadores y representantes son empleados oficiales (género) en la especie de "empleados públicos".* Para la Sala no existe duda alguna sobre la condición de empleados oficiales, en la especie de "empleados públicos", de las personas naturales que ejercen el empleo de senador o de representante a la Cámara, como ya se expresara por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de febrero 3 de 1981 (expediente 557), ponencia del consejero Martínez Conn, por todo lo observado en ella: a) Ejercen una eminente función pública, como es la de legislar —aun cuando también, en ocasiones, ejercen función administrativa como lo observa el accionante—; b) Reciben una contraprestación en dinero y las correspondientes prestaciones sociales, tanto en dinero como en especie, por estar afiliados a un organismo público de seguridad social; c) Tienen incompatibilidades derivadas de su investidura; y d) Están colocados en una situación estatutaria o reglamentaria, susceptible como tal de ser modificada en cualquier momento por acto estatal (nueva Constitución, reforma constitucional o ley).

Por ello, tuvo razón el legislador en consagrar en el artículo 69 del Código Penal actual (Decreto 100 de 1980), que "para todos los efectos de la ley penal, son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales y *los miembros de las Corporaciones Públicas* o de las Fuerzas Armadas, y toda otra persona que ejerza cualquier *función pública*, así sea de modo transitorio..." (subrayas fuera de texto), no obstante lo cual pueden intervenir en política (art. 158) dada la naturaleza de la actividad que desempeñan y el origen de su vinculación con el Estado.

Empero, como bien lo observa el distinguido colaborador del Ministerio Público, esa ubicación de los senadores y representantes dentro de la categoría de los funcionarios públicos se ha hecho con criterio meramente funcional. No se ha hecho con el criterio de asimilarlos a los demás funcionarios o empleados públicos de la Rama Administrativa, Jurisdiccional o Legislativa, o de aquellos organismos de fiscalización como la Procuraduría General de la Nación y la Con-

traloría General de la República, o de la organización administrativa electoral, para en esas condiciones aplicarles el régimen jurídico general o especial en materia de inhabilidades o incompatibilidades, por ejemplo, porque, como también lo anota el señor Fiscal Séptimo de la Corporación, en materia de condiciones de elegibilidad o de inelegibilidad para concejales, sea del Distrito Especial de Bogotá, o de cualquier municipio del país, así como de cualquier otro empleo de elección popular, no se puede extender la aplicación de las normas generales o específicas a aspectos que le son extraños.

2ª Aclarada así la cuestión, encuentra la Sala que en materia de inhabilidades o de incompatibilidades de senadores y representantes para ser elegidos para otros destinos o empleos de elección popular, en una misma fecha o dentro de su período constitucional de cuatro años, sólo existe la prohibición contenida en el inciso final del artículo 108 de la Constitución Política: "Dentro del mismo período constitucional, nadie podrá ser elegido senador y representante, ni elegido tampoco por más de una circunscripción electoral para los mismos cargos. La infracción de este precepto vicia de nulidad ambas elecciones", es decir, que nadie puede ser elegido simultáneamente senador y representantes o senador o representante por más de una circunscripción electoral, como acontecía hasta el año de 1945.

Pero esa trascendental reforma de 1945, que tuvo por objeto evitar la antidemocrática acumulación de cargos o empleos de elección popular en nuestro país, no se extendió por el constituyente colombiano a los casos de acumulación de empleos de senador o representante y diputado a las Asambleas o concejal municipal, ni a los de diputado y concejal, y la Sala encuentra que, no obstante la opinión en sentido contrario expresada por algunos, ello podría hacerse por medio de la ley, si se tiene en cuenta lo preceptuado en el artículo 112 de la Carta, cosa que hasta la fecha no ha acontecido.

3ª De lo anterior surge la conclusión de que, aceptando en gracia de discusión la aplicación del artículo 83 del Decreto-ley 1333 de 1986 a todo lo atinente al Distrito Especial —que no es procedente según los conceptos expresados por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación—, la norma contenida en el precitado artículo no es de aplicación para senadores y representantes —empleados oficiales desde un punto de vista estrictamente funcional, como se ha dicho— que tengan esa calidad en el momento de su elección como concejales municipales o con seis meses de anterioridad a ese momento. Ella tan sólo es aplicable a los que son empleados oficiales —empleados públicos o trabajadores oficiales— en la Rama Ejecutiva, en la Jurisdiccional —funcionarios y empleados—, o en la Legislativa, excluidos senadores y representantes, o en organismos de control como la Procuraduría General de la Nación o la Contraloría General de la República, o, finalmente, en los relativos a la función administrativa electoral, como el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional

del Estado Civil. Lo anterior no significa que para la Sala no sea conveniente una reforma constitucional en el sentido antes expresado, atendiendo a las mismas razones que tuvo en cuenta el constituyente al expedir el acto legislativo número 1 de 1945, por cuyo artículo 24, se consagró, por primera vez en el país, la imposibilidad constitucional de ser elegido simultáneamente senador y representante, o senador o representante por más de una circunscripción electoral, que hasta ese entonces practicaron los grandes directores de nuestras dos colectividades políticas de entonces.

4ª Finalmente la Sala encuentra que el planteamiento del señor Fiscal colaborador de la Corporación, en torno a la disposición contenida en el artículo 125 de la Ley 9ª de 1989, corresponde a una sana hermenéutica jurídica: La norma indicada tiene el alcance que le demarca la ley que lo contiene y ésta se refiere exclusivamente a la planificación del desarrollo municipal, por lo que sólo comprende las materias que le son propias a este tema y no se puede extender su aplicación a aspectos que le son extraños, como es el caso de las condiciones de elegibilidad o inelegibilidad para los concejales del Distrito Especial de Bogotá.

Por las consideraciones expuestas, la Sala habrá de confirmar la sentencia apelada, teniendo en cuenta no sólo lo expresado en ella, sino también los demás aspectos contemplados en esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha agosto 22 de 1989, dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Jorge Penen Deltieure, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJAL SUPLENTE - Inhabilidades / EMPLEADO PUBLICO / DOCENTE

Está acreditado que al demandado se le designó como maestro para una Concentración Escolar Municipal, cargo del cual tomó posesión y desempeñaba en febrero de 1989. Está, pues, probado que al momento de ser elegido como concejal suplente se hallaba inhabilitado para obtener esa investidura por tener la condición de empleado oficial.

CONCEJAL SUPLENTE - Inhabilidades / CONTRATO

Resulta equivocado pretender deslindar las entidades descentralizadas municipales de la noción de municipio para, de contera, aspirar a considerar no inhabilitados a quienes, siendo aspirantes a ser ungidos con el voto como concejales, contrataron durante el período inmediatamente anterior a la elección, como lo señala la ley. Muy cómodo resultaría eludir la prohibición-inhabilidad con la recortada óptica que mira al municipio sin incluir en él a sus entidades descentralizadas. Tanto da contratar con las oficinas o dependencias centrales de la administración municipal que con sus entidades descentralizadas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente número 0337. Actor: Raúl Gutiérrez Gómez.

Procede la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a resolver el recurso de apelación propuesto por los demandados Carlos Jesús Urquijo Cárcamo y Eliécer Quintero López, mediante apoderado judicial, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar de fecha 24 de agosto de 1989, en cuanto por ella se ordenó declarar la nulidad de las elecciones de los concejales en mención, para el Municipio de Aguachica para el período comprendido de 1988 a 1990, y se ordenó cancelar las respectivas credenciales.

La demanda:

El ciudadano Raúl Gutiérrez Gómez presentó "...demanda electoral de nulidad contra el acto de fecha 21 de marzo de 1988 expedido por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se declaró la elección de concejales en el municipio (sic) de Aguachica (Cesar) para el período comprendido entre el 1º de agosto de 1988 y el 31 de julio de 1990,...".

Adujo como hechos de la demanda, entre otros, los siguientes:

"1. El día 13 de marzo de 1988 se celebraron en el territorio nacional elecciones populares para cuerpos colegiados, entre éstos para el Concejo Municipal de Aguachica.

"2. La elección de concejales para el municipio (sic) de Aguachica (Cesar) para el período comprendido entre el 1º de agosto de 1988 y el 31 de julio de 1990 de (sic) declaró mediante acto de los Delegados del Consejo Nacional Electoral el día 21 de marzo de 1988, fecha en que también se comenzaron a entregar las respectivas credenciales, y mediante el mismo resultaron elegidas las siguientes personas:

PRINCIPALES	SUPLENTES
Salas Rodríguez Jorge	Hereida Gutiérrez Edmundo
Peinado Saad Eduardo	*Urquijo Cárcamo Carlos Jesús*
Gandur Abuabara Félix	*Angarita Vega Libardo*
Llain Carballo Edgar	Salazar Rodríguez Donaldo
Solano Pérez Pedro Antonio	Carrascal Toro Javier Humberto
Arteaga Valero Víctor M.	Sarabia Luna Emel
Quintero Patiño Darío	Pazzo Torres César Alberto
Ramos Gil Hernán Guilllermo	Páez Duarte Ana Elvia
Reyes Aníbal	Olivar Vera Drigelio
Quintero Lidueñes Onel A.	Bohórquez Duarte Luis Hernando
Ovalle Saldaña Rafael D.	Guevara Picón Alercia
Sampayo Noguera A. Eliseo	*Quintero López Eliécer*
Sánchez Saldaña Ciro E.	Perdomo Ortiz Gerardo

"3. .....

"4. .....

"5. El señor Carlos Jesús Urquijo Cárcamo suplente del concejal Eduardo Peinado Saad celebró dentro de los dos años anteriores a la elección un contrato de suministro con

el municipio (sic) de Aguachica, contrato mediante el cual le proporcionó al Cuerpo de Bomberos del municipio (sic) de Aguachica, entidad descentralizada del orden municipal, creada mediante acuerdo del Concejo Municipal, las calcomanías que dicho Cuerpo de Bomberos requirió el año pasado y lo que va corriendo de éste.

"6. Al celebrar dicho contrato Carlos Jesús Urquijo C. con una entidad descentralizada del orden municipal, quedó también incurso en la prohibición de que trata el citado artículo 83 del Decreto 1333 de 1986.

"7. .....

"8. .....

"9. .....

"10. .....

"11. El señor Eliécer Quintero López quien fue elegido concejal suplente de Augusto Sampayo Noguera, es actualmente maestro del Departamento del Cesar y desempeña sus funciones en Aguachica, teniendo como tal la calidad de empleado público en el momento en que fue elegido".

Concepto de la violación:

Estima el demandante que fue infringido el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto:

"Los señores ediles Eduardo Peinado Saad, su suplente Carlos Jesús Urquijo Cárcamo, ..., contrataron con el municipio (sic) de Aguachica dentro de los dos años anteriores a su elección, acto que tuvo lugar el 13 de marzo del año en curso, en consecuencia estas personas, al quedar incursas en la inhabilidad consistente en haber sido contratistas del municipio en el cual fueron elegidos concejales dentro de los dos años anteriores a la elección, han violado las normas (sic) en cita.

"Por otra parte, también se infringe esta disposición con la declaratoria de elección del señor Eliécer Quintero López, suplente de la lista encabezada por el señor Augusto Eliseo Sampayo Noguera, por cuanto este ciudadano no podía ser elegido concejal en razón de ser empleado público no sólo dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, sino en forma permanente, durante la elección y después (sic) de ella, toda vez que ostenta la calidad de maestro del orden departamental, por nombramiento que le hiciera la Secretaria (sic) de Educación del Departamento y el F.E.R.".

Pruebas:

El demandante, en relación con lo anterior, aportó las siguientes pruebas:

> "1. Fotocopia debidamente autenticada de la parte pertinente del Acta General de Escrutinios practicados por los Delegados del Consejo Nacional Electoral en la Circunscripción Electoral del Cesar, documento que contiene el acto cuya nulidad se pide.
>
> ".....
>
> "10. Fotocopia debidamente autenticada del contrato de suministro suscrito entre Carlos Urquijo Cárcamo y el Cuerpo de Bomberos de Aguachica.
>
> "11. Acta de reajuste de precios del contrato antes citado.
>
> "12. Resolución número 011 de 29 de diciembre de 1987 que ordenó el pago de las sumas que se le adeudaban al señor Urquijo por concepto del contrato suscrito con el Cuerpo de Bomberos.
>
> "13. Cuenta de cobros.
>
> "14. Acta de recibo de las calcomanías objeto del contrato aludido".

También, en lo pertinente, solicitó al tribunal oficiar "... a: 1. Fondo Educativo Regional y Secretaría de Educación del Departamento del Cesar a fin de que certifiquen la calidad de maestro del señor Eliécer Quintero López, quien desempeña sus funciones en Aguachica, especificando la fecha de nombramiento y posesión y si actualmente lo es", pruebas que fueron decretadas por éste y aportadas al proceso.

La sentencia impugnada:

El tribunal fundamentó la decisión, recurrida, en las siguientes consideraciones:

> "Es indiscutible que nos encontramos frente a la denominada acción pública de carácter electoral mediante la cual cualquier persona puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo e impugnar la elección de un candidato cuando no reúna las condiciones constitucionales o legales o por encontrarnos dentro de las prohibiciones o impedimentos establecidos por la ley.

"En el Decreto 1333 de 1986 actual Código de Régimen Municipal que regula todo lo concerniente a la organización administrativa estableció en el Título IV, Capítulo 2º, cuales son las calidades exigidas para ser elegido concejal municipal y señaló quienes se encuentran imposibilitados jurídicamente para ser elegidos concejales municipales.

"Está plenamente demostrado que el día 21 de marzo de 1988 se declaró la elección del Concejo Municipal de Aguachica quedando elegidos como concejales principales los señores Eduardo Peinado Saad, Félix Gandur Abuabara y Augusto Eliseo Sampayo Noguera y como concejales suplentes a Carlos Urquijo Cárcamo, Libardo Angarita Vega, y Eliécer Quintero López, según el acto administrativo proferido por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral Miguel Zornosa y Luciano Montoya Duque y los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil doctor Aníbal Campo Pertuz y Carlos Huguet Elías, quienes actuaron como secretarios.

"La controversia para dilucidar por la Sala se concreta a determinar si los concejales relacionados anteriormente se encuentran incursos en la inhabilidad alegada por el actor para lo cual nos permitiremos hacer un estudio separado de cada uno de ellos.

".....

"Carlos Jesús Urquijo Cárcamo. Considera el actor que el señor Urquijo Cárcamo se encuentra incurso en la inhabilidad prevista en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 por haber celebrado contrato de suministro con el Municipio de Aguachica por haberle proporcionado al Cuerpo de Bomberos de ese municipio, entidad descentralizada del orden municipal creada mediante acuerdo del Concejo Municipal.

"a) Está plenamente demostrado que Carlos Jesús Urquijo Cárcamo fue elegido concejal suplente del señor Eduardo Peinado Saad del Municipio de Aguachica para el período comprendido entre el 1º de agosto de 1988 al 31 de julio de 1990;

"b) Se encuentra plenamente demostrado que Carlos Jesús Urquijo Cárcamo celebró contrato con el Cuerpo de Bomberos de Aguachica para la elaboración de 5.000 calcomanías cuyo valor pactado fue de $ 150.000.00, por un plazo de 30 días hábiles.

"Este contrato fue celebrado el 29 de julio de 1987, con lo cual nos está indicando que cuando fue elegido no habían

transcurrido los dos años desde la celebración del mismo (ver fls. 16 y 17).

"Así mismo se demostró que el valor del contrato celebrado el 29 de julio de 1987, fue reajustado en un 10% como se puede apreciar en la fotocopia debidamente autenticada del acta de reajuste de precio, visible a folio 14 del expediente;

"c) Se demostró que el Cuerpo de Bomberos de Aguachica es una entidad del orden municipal creada por el Concejo Municipal de Aguachica mediante Acuerdo número 22 de noviembre 21 de 1977, el cual fue reestructurado por el Acuerdo número 003 de junio 10 de 1983 (ver fls. 217 y 18).

"Según el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 transcrito anteriormente, se establece que no podrán ser elegidos concejales quienes dentro de los dos años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectvo (sic) municipio.

"La controversia planteada en el presente caso es determinar si por el hecho de contratar con una entidad del orden municipal quedaría incurso en la inhabilidad prevista por la ley.

"Al efecto, el apoderado del demandado dice: '...Que lo demuestre. De todas maneras, la ley es clara al señalar que los contratos para que genere la nulidad alegada deben haberse celebrado con el municipio no con sus entidades descentralizadas. Donde el legislador no distingue, no le es dable distinguir al actor, menos en tratándose de normas de interpretación restrictiva'.

"Sobre estte (sic) planteamiento el tribunal habia (sic) tenido oportunidad de pronunciarse y es así como en sentencia de 6 de julio de 1988, con ponencia del doctor Jorge Saade Márquez, la que nos permitiremos transcribir acá a fin de que haga parte de esta providencia, se dijo:

" 'En relación con este planteamiento esbozado por la parte demandada cabe anotar, que las entidades descentralizadas del orden municipal, concretamente los establecimientos públicos, son un desprendimiento suyo y conforman en un solo haz, la administración municipal, sin que pueda predicarse para estos casos una discriminación entre municipio como persona jurídica y sus entidades descentralizadas también como personas jurídicas.

" 'La ley prohíbe a los contratistas municipales que sean elegidos concejales, para impedir que utilicen la influencia

que se deriva de esa situación, contraria al interés público para ser elegidos. Trata de precaver los efectos nocivos del tráfico de influencias para lograr la investidura de concejal y preservar la autonomía y el carácter público de la corporación edilicia.

"'Sobre es te (sic) tópico es conveniente transcribir apartes de la sentencia dictada por el Consejo de Estado el 27 de noviembre de 1986 con ponencia del consejero Miguel Betancurt Rey, y citada por nuestra colaboradora Fiscal.

"'La sentencia en cuestión nos evita de hacer elucubraciones al respecto:

"'El punto sobre el cual se ha concentrado el debate es el alcance de la expresión «contratista del municipio», que ha servido para que el demandante afirme que es tan solo quien tiene relaciones contractuales con la persona jurídica municipal, y el actor diga que lo es también quien las tiene con los establecimientos públicos. La providencia recurrida adopta la primera opinión.

"'No cree la Sala que el litigio pueda desatarse mediante razones exclusivamente literales, pues la palabra «municipio» tiene múltiples sentidos que van, por ejemplo, desde el simplemente territorial hasta el político, pasando por el sociológico (población e idiosincracia), el religioso, el cultural, el jurídico subjetivo, el administrativo, importante es, pues, atenerse más bien a las razones o finalidades del artículo 54 de la ley (sic) 11 de 1986 y del conjunto de éstas. Muy útil hubiera sido hallar además la explicación directa de aquel vocablo en los «Anales del Congreso», pero desafortunadamente en ellos no aparece comentario sobre él. No trata, obviamente, de extendeer (sic) o restringir el sentido de «contratista del municipio», de aplicarlo a personas en quienes no pensó el legislador, o de dejar de aplicarlo a personas que sí tuvo en mente, si no de averiguar a quienes quiso referirse.

"'Que está prohibido ser concejales a quienes han sido contra tistas (sic) de la persona jurídica municipio dentro de los dos años anteriores a la elección, tiende sin duda a evitar que el elegido, al ejercer sus funciones de concejal, sea desviado por los intereses personales que ha tenido como contratista (v. gr., para imaginar, en abstracto, los extremos, que valiéndose de intermediarios siga gozando de contratos con el municipio). Pues bien, no existe el mismo riesgo tratándose de quienes han sido contratistas de los establecimientos públicos y municipales?

" 'Existe y en mayor grado, pues, en la práctica, los Concejos «gobiernan» la administración descentralizada del municipio, y ésta suele disponer de medios económicos más considerables que losde (sic) la administración descentralizada. Con que *afortiori* la mencionada prohibición debe aplicarse también a los contratistas de los establecimientos públicos municipales.

" 'Esta sola consideración anularía ya que también estos últimos son «contratistas del municipio» en el sentido del artículo 54 citado, de suerte que por tal razón este vocablo no podrá entenderse en el sentido de sujeto de derecho. Pero la misma conclusión se confirma sin duda en el artículo 1º de la ley que señala su finalidad entera: «La presente tiene por objeto dotar a los municipios de un estatuto administrativo y fiscal que les permita dentro de un régimen de autoonomía, (sic) cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo, promover el desarrollo de sus territorios y el mejoramiento socio-cultural de sus habitantes, asegurar la participación efectiva de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local y propiciar la integración regional». «De suerte que la ley, aunque en su artículo 1º y en el 54 habla de 'municipio', no se refiere al sujeto de derecho sino al conjunto jurídico administrativo, que tiene administración centralizada, a la última de las cuales están dedicadas por cierto, fuera de las normas generales de la ley, todas lass (sic) especiales de su Capítulo VI, y en otros artículos de esa ley, como el 7, el 16, el 22 y el 44, la expresión 'de los municipios' significa esto mismo que se acaba de expresar»'.

"Por las breves consideraciones expuestas y compartiendo el criterio de nuestro colaborador Fiscal, estima el tribunal que las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar respecto a Urquijo Cárcamo.

"

"Eliécer Quintero López. Está plenamente demostrado que el señor Quintero López fue elegido concejal suplente del Municipio de Aguachica por el período comprendido entre el primero de agosto de 1988 al 31 de julio de 1990 (Ver fls. 1, 2, 3, 30 del expediente).

"Igualmente se encuentra demostrado que el señor Quintero López fue nombrado como maestro de la Concentración Jorge Eliécer Gaitán de Aguachica el 13 de mayo de 1981 por Resolución número 01279 y posesionado del cargo el día 13 de mayo dde (sic) 1981; que se encontraba devengando un

salario de $ 66.735.00, según certificaciones expedidas por el Jefe de la Sección de Educación Especial Preescolar y Primaria de la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar y el Tesorero Pagador del Fondo Educativo Regional del Cesar, obrantes a folios 206 y 208 del expediente.

"De acuerdo con las certificaciones expedidas no cabe duda alguna que el señor Quintero López al momento de ser elegido concejal por el Municipio de Aguachica, era profesor del Colegio Jorge Eliécer Gaitán.

"Así mismo no cabe duda alguna que el señor Eliécer Quintero López es un empleado del orden departamental, tal como se desprende de la certificación que obra a folio 206 y cuyo encabezamiento dice textualmente: '...Que Eliécer Quintero López presta sus servicios en el Departamento del Cessar (sic) en el campo de educación, según el siguiente detalle: ...'.

"No debemos olvidar que loss (sic) servidores del Departamento son empleado (sic) públicos al tenor de lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Régimen Departamental, cuando expresa 'que los servidores públicos son empleados públicos'.

"Además, según el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979 establece que quienes presten sus servicios en entidades oficiales del orden nacional o departamental son empleados públicos, (sic) Dice textualmente esta norma: 'Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto'.

"Luego entonces el señor Eliécer Quintero López no podía ser elegido concejal del Municipio de Aguachica por encontrarse dentro de las inhabilidades a que se refiere el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 que dice: 'Los miembros del Concejo se denominarán concejales. Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales, ni quienes en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de

dos veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo público'.

"No hay duda alguna para el tribunal que el señor Quintero López al momento de ser elegido concejal del Municipio de Aguachica se encontraba prestando sus servicios como empleado público departamental, debiéndose por lo tanto acceder a las pretensiones de la demanda, compartiendo los argumentos esgrimidos por nuestro colaborador Fiscal en su concepto de rigor.

"Debiéndose agregar además que el demandado nada hizo por demostrar la impugnación que le hiciera el actor, limitandose (sic) simplemente a decir por conducto de su apoderado en la contestación de la demanda en el acápite de los hechos 'que lo demuestre', hecho este que fue plenamente demostrado con las certificaciones relacionadas y que obran a folios 206 y 208, a losque (sic) el tribunal les da todo su valor probatorio por ser documentos públicos y no haber sido impugnado (sic) por ninguna de las partes.

"Síguese de lo dicho que se accederá a las pretensiones de la demanda respecto a Quintero López".

La apelación:

Contra la sentencia del tribunal, el apoderado judicial de los demandados interpuso y sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos:

"1. La razón de fondo del honorable Tribunal del Cesar para anular la elección del señor Carlos Jesús Urquijo Cárcamo se basa en que dicho señor había contratado, celebró contrato con el Cuerpo de Bomberos de Aguachica el 29 de julio de 1987, no habiendo transcurrido los dos años desde dicha celebración a la fecha de la elección, violando, según respetable concepto pero no compartido el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, el cual establece que no pueden ser elegidos concejales quienes dentro de los dos años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo municipio.

"En nuestro sentir el Cuerpo de Bomberos es una entidad del orden municipal, creada por el Concejo Municipal de Aguachica, mediante el Acuerdo 22 de noviembre 21 de 1977. Esta entidad es un establecimiento descentralizado del orden municipal, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, lo que le permite tener una personalidad distinta al municipio. Este tiene su propio representante legal que

es el alcalde, coordinador de los servicios públicos municipales, y que sólo en el evento de que sea una dependencia administrativa directa, susceptible de ser representada legalmente como en el caso de la Tesorería, o cualquier Secretaría, tendría cabida la tesis del honorable tribunal.

"Cuando, por ejemplo se demanda a la Nación, se entiende como tal a los Ministerios, Departamentos, (sic) Administrativos y Superintendencias (estas últimas sin personería jurídica, generalmente), pero no podemos, siguiendo el camino interpretativo del honorable tribunal, decir que también es Nación jurídicamente (sic) hablando, para efectos de demanda, los establecimientos públicos nacionales o las empresas industriales y comerciales, que en sentido extensivo tambien (sic) son Nación.

"2. Al señor Eliécer Quintero López, tambien (sic) a juicio del honorable tribunal se le anula en la misma sentencia, la elección de concejal del Municipio de Aguachica en el periodo (sic) 1988-1990 y se ordena cancelar la credencial correspondiente. Las razones en que se fundamenta la corporación estan (sic) en la afirmación de que el señor Eliécer Quintero tenía un impedimento al momento de la elección por encontrarse en la categoría de empleado oficial en su calidad de profesor del colegio departamental Jorge Eliécer Gaitán, violando el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986.

"Pero pensamos, discrepando del fundamento juridico (sic) en que se funda esta sentencia, que el articulo (sic) 3 del Decreto 2277 de 1979 somete a un régimen *especial* contenido los artículos normativos de ese estatuto, y que no es doble (sic) en el caso presente dar aplicación al artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, por ser precisamente normas de 'contenido especial' que regulan lo relativo a la categoría de docente.

"Así en los artículos 44 y 46 del Decreto 2277 de 1976 al enumerar toxativamente (sic) los 'deberes y prohibiciones' y los (sic) causales de mala conducta no hay restricción para ser candidato al Concejo Municipal y sólo se remite al literal I del predicho articulo (sic) 46 al decir que es causal de mala conducta 'la utilización de la cátedra para hacer proselitismo político'.

"No habiendo norma expresa en ese régimen especial, consideramos que no hay prohibición legal para que los docentes sean candidatos a los Concejos Municipales.

"En mérito de este y el anterior considerando, solicito al honorable Concejo (sic) de Estado la revocatoria de la

sentencia calendada el 24 de agosto del presente año, del honorable Tribunal Administrativo del Cesar, en sus articulos (sic) primero, segundo, quinto y sexto de la parte resolutiva de la misma".

El Ministerio Público:

El señor Fiscal Octavo de la Corporación, en su concepto de fondo, pide la confirmación de la sentencia impugnada, en los siguientes términos:

"1º Se considera en el libelo que el señor Eliécer Quintero López fue elegido concejal suplente del Municipio de Aguachica y ello está probado en el proceso, siendo maestro de escuela al servicio del Departamento del Cesar, es decir, siendo empleado oficial, infringiéndose así el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986.

"El artículo 83 del Decreto-ley 1333 de 1986, dice:

" 'Los miembros del Concejo se denominarán concejales. Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos concejales quienes dentro de los dos (2) años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales, ni quienes, en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo público'.

"Se encuentra acreditado en el proceso que Quintero López fue nombrado maestro de la Concentración Escolar Jorge (sic) Eliécer Gaitán de Aguachica el 13 de mayo de 1981 por medio de la Resolución 01279 de la Secretaría de Educación, quien tomó posesión el mismo día, según se puede apreciar en los folios 206 y 208 del expediente.

"Según la certificación expedida el 9 de febrero de 1989 por el Jefe de la Sección de Educación Pre-escolar y Primaria de la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, en esta fecha, es decir, 9 de febrero de 1989, se encontraba ejerciendo el cargo en mención, esto es, al momento de efectuarse su elección, como concejal suplente de Aguachica se encontraba inhabilitado para ser elegido concejal y, por consiguiente, su elección, está afectada de nulidad, por

infringirse el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 transcrito anteriormente.

"Según el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, 'los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto'.

"2º Se considera en la demanda que el señor Carlos Jesús Urquijo Cárcamos (sic), al momento de ser elegido concejal suplente de Aguachica el 13 de marzo de 1988, estaba inhabilitado para ello, en virtud de lo establecido por el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, por haber celebrado contrato de suministros con dicho municipio, para elaborar al Cuerpo de Bomberos cinco mil calcomanías por la suma de $ 150.000.00 con un plazo de 30 días hábiles.

"El citado contrato de suministros fue celebrado el 29 de julio de 1987, lo cual quiere decir que al momento de su elección como concejal, se encontraba inhabilitado (fls. 16 y 17).

"Por otra parte, el citado contrato fue reajustado en un diez por ciento como se puede apreciar en la fotocopia autenticada del acta de reajuste de precio que obra al folio 14 del expediente.

"Está demostrado en el proceso que el Cuerpo de Bomberos de Aguachica es una entidad municipal, creada por el Concejo Municipal de Aguachica mediante el Acuerdo 22 de 21 de noviembre de 1987.

"El punto litigioso consiste en determinar si estaba inhabilitado Urquijo Cárcamos (sic) para ser elegido concejal de dicha entidad de derecho público, ya que la parte demandada sostiene que la inhabilidad se presenta cuando el contrato se celebra directamente con el municipio y no con sus entidades descentralizadas, pues cuando el legislador (sic) no distingue, no es susceptible hacer distinciones, tratandose (sic) de normas de interpretación restrictiva.

"Esta Agencia del Ministerio Público, está de acuerdo con el Tribunal Administrativo del Cesar y con el señor Agente del Ministerio Público de la primera instancia, en el sentido que estaba inhabilitado para ser elegido concejal de Aguachica porque en tal caso los contratistas municipales, en virtud de esos contratos que celebren directamente con la entidad municipal o con las empresas descentralizadas, es-

tán impedidos para dicha elección debido a la influencia que pueden tener en la vida municipal en virtud de esa vinculación con el municipio correspondiente, ya sea que la contratación se haga directamente con el municipio o con una entidad descentralizada del mismo. No es procedente hacer una interpretación literal de la norma, sino que es preciso interpretarla tomando en cuenta los fines que persigue la prohibición contemplada en el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, que busca evitar que se presenten situaciones poco deseables en la vida administrativa del respectivo municipio, contenidas en principios de orden moral.

"De tal manera, esta Fiscalía también considera que el señor Urquijo Cárcamos (sic) estaba inhabilitado para ser elegido concejal suplente en el Municipio de Aguachica".

Consideraciones de la Sala:

La inconformidad con la sentencia que ahora constituye materia de examen, se exteriorizó únicamente por los ciudadanos Eliécer Quintero López y Carlos Jesús Urquijo Cárcamo, por conducto de apoderado, y únicamente a ellos habrá de referirse la Sala. Ambos resultaron electos concejales suplentes del Municipio de Aguachica, mediante el acta de 21 de marzo de 1988 de los Delegados del Consejo Nacional Electoral.

Caso del ciudadano Eliécer Quintero López.

Su elección como concejal suplente del Municipio de Aguachica se impugna por cuanto se produjo siendo maestro de escuela al servicio del Departamento del Cesar. Según la demanda se violó el artículo 83 del Decreto-ley 1333 de 1986, cuyo texto es el siguiente:

"Los miembros del Concejo se denominarán concejales. Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos concejales quienes dentro de los dos (2) años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales, ni quienes en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de cargo público".

Se consagran en esta norma las inhabilidades para los concejales, es decir, aquellas situaciones que afectan a quienes aspiran a serlo,

antes de su elección. El hallarse colocado en una cualquiera de ellas genera nulidad de la misma.

La situación del señor Eliécer Quintero López está nítidamente delimitada en el proceso: Está acreditado que, en virtud de la Resolución número 01279 se le designó como maestro para la Concentración Escolar Jorge Eliécer Gaitán del Municipio de Aguachica, cargo del cual se posesionó el día 13 de mayo de 1981, y que desempeñaba en febrero de 1989. Respaldan esta afirmación las certificaciones que pueden leerse a folios 206 y 208 del proceso. Está, pues, probado que al momento de ser elegido como concejal suplente se hallaba inhabilitado para obtener esa investidura, por tener la condición de empleado oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979.

No hay, por consiguiente, duda alguna en cuanto a que la nulidad de la elección del señor Eliécer Quintero López como concejal suplente del Municipio de Aguachica para el período comprendido entre el 1º de agosto de 1988 y el 31 de julio de 1990, decretada por el *a quo*, debe recibir la aprobación de la Sala.

Caso del ciudadano Carlos Jesús Urquijo Cárcamo.

Otra es la situación del señor Carlos Jesús Urquijo Cárcamo, también electo concejal suplente del Municipio de Aguachica. Se afirma en la demanda que su elección está viciada de nulidad, frente al artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto, junto con otras personas a quienes se mencionan en el libelo, quedaron "incursas en la inhabilidad consistente en haber sido contratistas del municipio en el cual fueron elegidos concejales dentro de los dos años anteriores a la elección".

El texto del artículo señalado como transgredido, comprende las siguientes inhabilidades: A las personas que hubieren sido condenadas a pena de prisión por algún delito común; a quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo municipio; a quienes dentro de los seis meses anteriores a la elección, hayan sido empleados oficiales; a quienes en cualquier época hayan sido excluidos por autoridad competente del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo público; y por último a los apoderados de los contratistas del correspondiente municipio, de conformidad con el artículo 84 del decreto mencionado.

El ataque que se hace por el recurrente a la sentencia del tribunal, se centra en el siguiente enfoque:

> "En nuestro sentir el Cuerpo de Bomberos es una entidad del orden municipal, creada por el Concejo Municipal de Aguachica, ... Establecimiento Descentralizado (sic) ...

con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, lo que le permite tener una personalidad distinta al municipio".

Este planteamiento le permite concluir al apoderado del señor Urquijo Cárcamo, que no se puede predicar inhabilidad alguna para él por haber contratado con el Cuerpo de Bomberos de Aguachica y no con este municipio.

Tal como de ver las cosas es erróneo, como lo advierte el fallo que se revisa. A la jurisprudencia del Consejo que se cita, en respaldo de la decisión, y en donde se lee "...que la ley (se refiere a la Ley 11 de 1986), aunque en su artículo 1º y en el 54 habla de 'municipio', no se refiere al sujeto de derecho sino al conjunto jurídico, administrativo, que tiene administración centralizada, administración descentralizada", la Sala agrega:

Desde el punto de vista administrativo, el municipio es el vehículo del servicio público. Y si para su mejor prestación se ha hecho necesario extender a su órbita la descentralización por medio de organismos, institutos, o entidades con autonomía administrativa y financiera, no por ello se desvertebra el concepto de municipio, como un todo, tanto desde el punto de vista geográfico, como político y administrativo. Para responder al manejo de los asuntos locales, cada día más complejos, y para garantizar su eficiente despacho, se hace indispensable acudir a la redistribución, a través de organismos descentralizados, de los servicios y los recursos financieros del municipio.

De suerte que cuando la ley se refiere al municipio, esa noción abarca tanto el aspecto geográfico, como el político y el administrativo. Y si en éste se comprende también toda tarea descentralizadora, quienes la cumplen están interviniendo en la gestión municipal haciendo parte del municipio.

De ahí que el legislador en el artículo 12 del Decreto 1333 de 1986, o Estatuto del Régimen Municipal, exprese claramente que "la atención de las funciones, la prestación de los servicios y la ejecución de las obras a cargo de los municipios se hará directamente por éstos, a través de sus oficinas, y dependencias centrales o de sus entidades descentralizadas, o por otras personas en razón de los contratos y asociaciones que para el efecto se celebren o constituyan".

El carácter totalizador de la esfera a la cual se circunscribe el municipio aparece, entonces, nítidamente diseñado en esta norma. Resulta, en consecuencia, equivocado pretender deslindar las entidades descentralizadas de esa noción para, de contera, aspirar a considerar no inhabilitados a quienes, siendo aspirantes a ser ungidos con el voto como concejales, contrataron durante el período inmediatamente anterior a la elección, como lo señala la ley. Muy cómodo resultaría eludir la prohibición-inhabilidad con la recortada óptica que mira al

municipio sin incluir en él a sus entidades descentralizadas. La mayor parte de los servicios públicos se prestan a través de ellas y son, por tanto, también la más amplia fuente de la contratación. Para usar un símil, la centralización política y la descentralización administrativa no son criterios que, éticamente, puedan aplicarse a las inhabilidades. Es decir, tanto da contratar con las oficinas o dependencias centrales de la administración municipal que con sus entidades descentralizadas.

En este proceso se demostró que el señor Carlos Jesús Urquijo Cárcamo celebró, el día 29 de julio de 1987, un contrato de suministro de cinco mil calcomanías con el Cuerpo de Bomberos de Aguachica, entidad creada y reestructurada mediante los Acuerdos números 22 de noviembre 21 de 1977 y 003 de junio 10 de 1986 por el Concejo Municipal de Aguachica. Así lo demuestran los documentos visibles a folios 16, 17 y 18 del expediente.

Resulta, por tanto, evidente la inhabilidad que cobija al señor Carlos Jesús Urquijo Cárcamo para ser elegido concejal suplente del Municipio de Aguachica, para el período comprendido entre el 1º de agosto de 1988 y el 31 de julio de 1990. Ha de confirmarse, en consecuencia, lo dispuesto por el *a quo* en cuanto a esta persona.

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

Falla:

1º Confírmase el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar con fecha veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en cuanto se refiere a sus numerales primero, segundo, quinto y sexto, cuyas decisiones fueron materia del recurso de apelación.

2º Confírmase lo dispuesto en el numeral octavo de la misma providencia.

3º Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Jorge Penen Deltieure, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CAPITULO II

ELECTORALES DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones

La elección de mesa directiva de la Asamblea es atribución que, por concernir con el funcionamiento de la Corporación es intrínseca a su naturaleza y, por ende, no requiere que se la someta a su consideración por el gobernador del Departamento en sesiones ordinarias y tampoco en las extraordinarias.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número 0328. Actor: Fabio Olmedo Palacio Valencia y otros. Recurso de apelación contra el auto de junio 16 próximo pasado, en cuanto el honorable Tribunal Administrativo del Quindío dispuso la suspensión provisional del acto de elección de Mesa Directiva de la honorable Asamblea Departamental.

Se decide de plano, conforme a lo ordenado en el inciso final del artículo 155 del C. C. A., el recurso de apelación de la referencia, interpuesto por el apoderado de los impugnantes de la demanda de nulidad de la elección de mesa directiva de la honorable Asamblea Departamental del Quindío, efectuada en sesiones extraordinarias convocadas por el término comprendido entre el 30 de mayo y el 10 de junio del año en curso.

Con la suspensión provisional en cuestión, decretada por el tribunal *a quo* en el numeral 1º de la parte resolutiva del auto de 16 de junio retropróximo (fls. 84 y ss.), se manifiesta inconforme el recurrente aduciendo que "...la violación alegada y que motivó el decreto de suspensión provisional, no aparece tan manifiesta u ostensible como lo descubrió el honorable tribunal...", pues "...por absoluta y restrictiva que se quiera, la limitante establecida por el artículo 185,2 de la Constitución Nacional, que se repite en el artículo 28 del Decreto 1222, según la cual, dentro del ámbito extraordinario de sesiones de las Asambleas, sus atribuciones están supeditadas exclusivamente a los asuntos que les sometan los *gobernadores*, no lo es tanto, hasta llegar al extremo de anular su existencia como corporaciones administrativas de elección popular. Por el contrario, pienso que así como la restric-

ción de la libertad ciudadana reafirma su existencia, la mencionada limitante presupone su razón de ser, como organismo deliberante. Lo precedente, para afirmar que aún la convocatoria efectuada por los gobernadores a las Asambleas a sesiones extraordinarias para que se ocupen exclusivamente de los asuntos que les sometan a su consideración, deja subsistentes atribuciones de éstas que tienen que ver con su organización y funcionamiento interno...".

Cita, como ejemplos de esas atribuciones, la de llamar a lista para verificar el *quórum*; el nombramiento de comisión de diputados que informe al gobernador de que se encuentra reunida la Asamblea, para que concurra a instalar las sesiones extraordinarias; la designación de comisiones escrutadoras accidentales; la decisión sobre excusas y/o renuncias de los diputados y llamamiento de los respectivos suplentes; y la expedición del reglamento interno de la Corporación, para afirmar que "...De la misma naturaleza interna es el nombramiento o elección de nueva mesa directiva para presidir las deliberaciones de la Asamblea, en el evento que faltare por alguna razón, puesto que sin ella, no podría operar la deliberación para decidir sobre los proyectos de ordenanza que sometiera el gobernador a su consideración...". Agrega que esas actividades administrativas no necesitan consagración legislativa expresa "...por ser consubstanciales a la naturaleza intrínseca de las Asambleas...", siendo innecesario, por consiguiente, "...como lo pretende el auto recurrido, que el decreto de convocatoria del gobernador incluya asuntos relativos a su funcionamiento interno, para que la Asamblea adquiera competencia para tramitar su conocimiento...". Infiere de allí que la limitante establecida en el artículo 185 de la Constitución Nacional, reproducida en el artículo 28 del Decreto 1222 de 1986, según la cual en sesiones extraordinarias las Asambleas Departamentales se deben ocupar exclusivamente de los asuntos que los gobernadores les someten en el decreto de convocatoria, se debe entender en el sentido de que los diputados pierden en esas sesiones "...su normal iniciativa para presentar proyectos de ordenanza, con el fin de permitir la evacuación de los proyectos en que el gobierno departamental esté interesado...", debiéndose concluir que por ese aspecto no resulta violada la norma del precitado artículo 28, "...o al menos, de manera ostensible o manifiesta como la vio el honorable tribunal...".

También aduce que no se infringieron los artículos 17 y 18 de la Ordenanza número 020 de 20 de diciembre de 1988, mediante la cual la Duma Departamental del Quindío expidió su propio reglamento, que consagran período de un año para los dignatarios de la Asamblea y de dos para el secretario de la misma, por cuanto la mesa directiva y el secretario sustituidos por el acto electoral demandado habían sido elegidos con anterioridad a la entrada en vigencia del aludido reglamento, no siendo aplicables a ellos dichos períodos por virtud de lo dispuesto en el artículo 83 del Decreto 1222 de 1986. Además, por cuanto en relación a la entrada en vigencia de dicho reglamento, se produjo una "adulteración" que oportunamente se demostrará.

Consideraciones:

I. Sea lo primero observar que, con acierto, el *a quo* se abstuvo de reponer para revocar, el auto por el que concedió la apelación interpuesta por el impugnante, por cuanto el argumento que al efecto expuso la parte actora al proponer ese recurso, que reitera en su alegato de segunda instancia, carece de toda validez.

La suspensión provisional fue decretada con el auto admisorio de la demanda notificado, por la imposibilidad de hacerlo personalmente a los integrantes de la mesa directiva cuya elección se demanda —procedimiento innecesario por cierto, al tenor de lo previsto en el numeral 1º, artículo 233 del C. C. A.—, mediante edicto fijado a las 8:00 a.m., de 23 de junio del año en curso. Los cinco (5) días de fijación del mismo concluyeron el 28 de junio a las 6:00 p.m. (fl. 108 del cuaderno número 1), habiéndose interpuesto la apelación en tiempo, por cuanto el respectivo memorial fue presentado el 22 de junio, o sea, con anterioridad al edicto pero dentro de los trámites de notificación del auto aludido, fechado a 16 de junio, que empezó a notificarse en esa misma fecha.

Hubo, pues, notificación por conducta concluyente, puesto que los impugnantes recurrieron antes de haberse notificado por edicto pero después de proferido el auto de suspensión, fenómeno procesal enteramente distinto al que se dio cuando contestaron la demanda el 14 de junio (fl. 14 del cuaderno número 2), siendo así que aún no se la había admitido, lo que ocurrió dos días después.

II. Comparte la Sala, de otra parte, el criterio del recurrente en cuanto sostiene que la elección de mesa directiva de la Asamblea es atribución que, por concernir con el funcionamiento de la Corporación es intrínseca a su naturaleza y, por ende, no requiere que se la someta a su consideración por el gobernador del departamento en sesiones ordinarias y tampoco en las extraordinarias. La restricción que consagra el artículo 185 de la Carta Política, reiterada en el artículo 28 del Decreto 1222 de 1986, es necesario entenderla en cuanto a los asuntos de competencia de las Asambleas "...por medio de ordenanzas...", determinados en el artículo 60 del precitado Decreto 1222 por reproducción de la norma estatuida en el artículo 187 de la Constitución Política, que no en lo que atañe al régimen interno de las mismas que, salvo en lo atañedero con el *quórum* para deliberar y decidir previsto en el inciso 3º del artículo 83 de la Carta, está gobernado por lo que determine el reglamento que la Corporación se dé.

Respecto de la Asamblea Departamental del Quindío, la Ordenanza número 20 de 1988 prevé que las faltas absolutas del Presidente se reparen con nueva elección (art. 23) y las faltas accidentales, ocupando el lugar los vicepresidentes en su orden.

A falta de todos ellos "...asumirá en calidad de vicepresidente temporal el diputado que esté de primero en el orden alfabético de la lista de los asistentes..." (art. 24). Y en cuanto a la falta absoluta o accidental del secretario general el artículo 28 determina el procedimiento a seguir, similar al que se aplica en los casos de falta del presidente.

La elección de presidente y secretario general puede efectuarse, entonces, cada vez que se presente falta absoluta de los mismos, así la Corporación se encuentre sesionando ordinaria o extraordinariamente, aunque no esté contemplado ese tema entre los asuntos del decreto de convocatoria de las últimas. Cuando se da falta temporal o accidental de aquéllos, como al parecer ocurrió en la sesión de 30 de mayo del año en curso, por cuanto habiéndose aprobado sesión permanente los dignatarios y el secretario general de la Corporación abandonaron el recinto de la Asamblea, obvio es que la solución a seguir era la consagrada en el colon final del artículo 24, o sea, la de que asumiera la dirección de la Corporación, como vicepresidente temporal, el diputado "...que esté de primero en el orden alfabético de la lista de los asistentes...", que no lo que se hizo, elegir nuevos dignatarios y secretario general.

Pero con esa decisión no se desconoció la limitante funcional estatuida en los artículos 185 de la Carta y 28 del Decreto 1222 de 1986, como lo entendió el *a quo* para disponer la suspensión provisional del aludido acto eleccionario, pues, se repite, la elección de mesa directiva no es de los asuntos de que con exclusividad se deban ocupar las asambleas departamentales en sesiones extraordinarias, por sometimiento que de ese asunto les hagan los gobernadores en el decreto de convocatoria. Así, entonces, por lo que hace a este cariz del asunto en examen, se debe revocar la decisión recurrida.

III. Otro aspecto es el que atañe a la pretensa violación de las previsiones reglamentarias consagradas en la Ordenanza número 20 de 1988, en cuanto determinan el período de los dignatarios y del secretario general de la honorable Asamblea Departamental del Quindío, que es de un año para los primeros "desde el primero de octubre fecha de la instalación de la Asamblea hasta el treinta de septiembre del año siguiente..." (art. 17), y de dos años para el último "...o sea, el mismo período constitucional y legal de los diputados..." (art. 18). Se presenta, no obstante, notoria dificultad para inferir si hubo infracción manifiesta de esas normas, detectable *prima facie*, o sea, "...que se pueda percibir a través de una sencilla comparación..." de ellas con el acto electoral acusado, como lo exige el artículo 152, inciso 2º, del C. C. A.

Ello, por cuanto a pesar de que el artículo 210 de la citada ordenanza, dispone que los mandatos en ella contenidos se aplicarán "...para todos sus efectos a todos los actos proferidos por la Asamblea a partir de primero (1º) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho

(1988)...", ese ordenamiento sólo comenzó a regir a partir de su promulgación ocurrida el 20 de diciembre de 1988, toda vez que el artículo 83 del Decreto 1222 de 1986 dispone que "...en todo caso ninguna ordenanza podrá ser obligatoria antes de su promulgación...". No habiendo efecto retroactivo para leyes distintas de las penales en cuanto revistan mayor favorabilidad para los incriminados, habría que examinar si cabe la aplicación retrospectiva de los artículos 17 y 18 de la citada ordenanza a los períodos de los dignatarios y del secretario general de la Asamblea sustituidos por la elección demandada, aplicando dichas normas a lo ocurrido en esa Duma desde el 1º de octubre de 1988, fecha de las respectivas elecciones (Acta número 001 visible del fl. 73 al 81 del cuaderno número 1), pues así vendría a ocurrir que dichos períodos se extenderían hasta el 30 de septiembre de 1989, el de los dignatarios, y hasta el 30 de septiembre de 1990 el del secretario general, por lo que la elección verificada el 30 de mayo de este año sería violatoria de las normas reglamentarias en mención. Sin embargo, definir si se da la aplicación retrospectiva de disposiciones ordenanzales o la aplicación inmediata de esas normas a "... todos los actos proferidos por la Asamblea a partir de 1º de octubre de 1988...", entre ellos el de elección de mesa directiva de la Corporación cumplida con anterioridad a la vigencia de la disposición que así lo establece, es cuestión que implica cuidadoso estudio de los efectos de la ley en el tiempo, que no es dable dilucidar para suspender provisionalmente el acto demandado. En tal virtud, tampoco por este aspecto es factible sostener la decisión materia del recurso que se desata.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

Resuelve:

Revocar el decreto de suspensión provisional del acto de elección de mesa directiva de la Asamblea Departamental del Quindío, efectuada el 30 de mayo del año en curso, conforme lo dispuso el honorable tribunal *a quo* en la parte resolutiva del auto calendado a 16 de junio del año en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión verificada en la fecha.

Jorge Penen Deltieure, Presidente de Sala; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA / SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS - Directivos

El régimen legal aplicable a las sociedades de economía mixta en las que el capital esté constituido en un 90% o más con aporte nacional es el mismo vigente para las empresas industriales y comerciales del Estado, y que si en tales sociedades la participación oficial fuere exclusivamente de entidades descentralizadas, es en el respectivo contrato social en donde se precisará quién designa, nombra o elige gerente, y en el mismo documento se determinarán la composición y presidencia de sus Juntas Directivas.

ACCION ELECTORAL - Objeto / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA ELECTORAL

La competencia para conocer por razón del ejercicio de la acción pública electoral de la nulidad de las elecciones de Presidente de la República, designado a la Presidencia, senadores y representantes a la Cámara, así como de los que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o cualquiera autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada del orden nacional, no puede extenderse a la confrontación con reglamentos o estatutos y demás normatividad de categoría inferior dentro de la jerarquía del ordenamiento legal de la Nación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente número 0304. Actor: Mercedes Mora Cruz.

Procede la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a proferir, por intermedio de su Sección Quinta, sentencia de única instancia (art. 2º, Decreto extraordinario 597 de 1988) en el proceso instruido para atender demanda por medio de la cual Mercedes Mora Cruz, en ejercicio de la acción pública electoral, pidió la nulidad del acto administrativo de elección del Gerente General de

la Compañía de Electricidad y Gas Cundinamarca S. A. "CELGAC S. A.", llevada a cabo por la Asamblea General de Accionistas el 27 de marzo de 1989.

La demanda:

Mediante demanda presentada el 17 de abril del año en curso, adicionada al día siguiente, en ejercicio de la acción pública electoral, la ciudadana Mercedes Mora Cruz pide "...se declare *nula* la elección de *Gerente General,* de la Compañía de Electricidad y Gas Cundinamarca S. A., recaida en el señor Armando Cárdenas Ramírez y realizada por la asamblea (sic) General de Accionistas en su sesión del día 27 de marzo de los corrientes, que consta en el acta N. (sic) 73 de esa fecha".

La demandante afirma que con la elección del señor Armando Cárdenas Ramírez, hecha por la Asamblea General de Accionistas de la mencionada sociedad, se violaron la Constitución Política en su artículo 120 numeral 5º, el Decreto-ley 3130 de 1968 en sus artículos 3º y 31, el Decreto-ley 1050 de 1968 en sus artículos 1º, 6º, 25 y 26 literal B y artículo 28 *ibídem* "...y demás normas concordantes". Considera que siendo la Compañía de Electricidad y Gas Cundinamarca S. A. "CELGAC S. A." una sociedad de economía mixta con capital social integrado en más del 90% con aportes de la Nación y de entidades públicas, está sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, según los artículos 3º y 31 del Decreto-ley 3130 de 1968. Y que con la elección de su Gerente General se violaron la Constitución Política en su artículo 120 numeral 5º y el Decreto 1050 de 1968 en sus artículos 1º, 6º, 25, 26 literal B y 28, porque correspondía hacer el nombramiento al Presidente de la República por tratarse de un agente de su libre nombramiento y remoción.

Para una mejor inteligencia de los argumentos de la demandante, a continuación se transcribe su *"explicación del concepto de violación"*, así:

> "...Como lo dice el profesor Rivero la incompetencia es el vicio que afecta a una decisión cuando su autor no tenía el poder legal para tomarla.
>
> "De todas las formas de ilegalidad es ésta la más grave, por cuanto los agentes públicos no pueden hacer sino aquello para lo que estan (sic) expresamente autorizados, vale decir, que deben actuar siempre sobre la base y dentro de los límites de los textos que les fijen sus atribuciones.
>
> "Estas notas muestran el carácter de orden público que tienen las normas que distribuyen las competencias funcionales.

"El carácter anotado permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición. Se colige igualmente que el vicio de incompetencia no puede ser subsanado por la aprobación posterior de la autoridad competente, ni ésta puede renunciar a ella en beneficio de su administrado. Tampoco puede ser la competencia objeto de convención entre las partes ni modificarse, en principio, por razones de urgencia.

"El vicio de incompetencia presenta diferentes grados, ya que una es la situación cuando el autor del acto no tiene la investidura de agente público y otra, cuando teniéndo (sic) la obra por fuera de las atribuciones de cualquier autoridad pública.

"En el primer evento más que nulo, el acto es inexistente reserva hecha de la teoría del funcionario de hecho que en ciertas hipótesis permite que sus actos puedan ser asimilados a los expedidos por agentes legalmente investidos de autoridad. En el segundo caso, el acto ostensiblemente no pertenece al poder legal de la administración y puede ser tratado como una vía de hecho.

"Fuera de las situaciones extremas enunciadas, el agente administrativo pudo haber invadido la órbita de acción del legislador o la del Poder Judicial; o pudo haber desconocido la competencia de otra autoridad administrativa de su misma categoría o rango o de otra diferente. Así, por ejemplo: El Presidente de la República crea un impuesto sin estar investido de poderes excepcionales. El alcalde decreta un lanzamiento en caso diferente al de la simple ocupación de hecho sobre un bien urbano, desconociendo al respecto la competencia del juez ordinario.

"Como casos de incompetencia entre agentes administrativos, tenemos: a) Ante autoridades administrativas de diferente naturaleza: El alcalde (órgano ejecutivo) aprueba el plano regulador del distrito, aspecto que compete por la ley (sic) 88 de 1947 al concejo municipal (órgano deliberante); b) Frente a autoridades de la misma naturaleza y rango la competencia puede ser *ratione materiae, ratione loci* o *ratione temporis* o sea, por razón del asunto, del lugar o del tiempo. En su orden, pueden anotarse: El MInistro (sic) de Minas y Energía toma una medida sobre la salubridad que corresponde al Ministro de Salud; el alcalde impone determinadas sanciones a un establecimiento de cantina que queda en otro distrito vecino, en zona a linde; el gobernador nombra por anticipado, antes de abandonar su cargo, a un funcionario cuya designación correspondía a su sucesor, por cuanto la vacante aún no se había producido.

"Además de los casos anotados, pero dentro de la misma administración, la incompetencia se puede dar frente a autoridades jerarquizadas entre sí, tal como se observa cuando el inferior toma medidas que competen a su superior sin estar apoyado en una delegación; o cuando éste invade la de aquél, no en ejercicio de sus derechos de reforma o anulación, sino desposeyéndolo de su competencia legal".

Admitida la demanda, en auto de 15 de mayo próximo pasado se suspendieron provisionalmente los efectos del Acta número 73 de la Sesión de la Asamblea General de Accionistas celebrada el 27 de marzo de 1989, providencia que al ser objeto del recurso de súplica fue revocada mediante providencia de 23 de junio del año en curso.

Practicadas las pruebas, los apoderados de la Compañía de Electricidad y Gas de Cundinamarca S. A. "CELGAC S. A." y del señor Armando Cárdenas Ramírez fueron oídos así como la demandante. Igualmente el señor Agente del Ministerio Público.

Los dos primeros al referirse al concepto de la violación de los artículos 120 numeral 5º de la Constitución Política, 3º y 31 del Decreto-ley 3130 de 1968, y 1º, 6º, 25, 26 literal B y 28 del Decreto-ley 1050 de 1968, expresado, por la demandante, manifestaron:

"No se ve cómo se violaron dichas normas con el acto de elección del gerente de la sociedad que ha sido acusado, pues en ninguna forma se le está negando su naturaleza de acto administrativo y por esa condición, que no está siendo discutida, es que es susceptible de demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa.

"Finalmente, se señalan también como violados los artículos 1º, 6º, 25, 26 literal B y 28 del Decreto-ley 1050 de 1968 que se refieren en su orden a la integración de la Rama Ejecutiva, indicando que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta están vinculadas a la administración y sujetos a su orientación, coordinación y control, de acuerdo con las leyes; señala las características de las empresas industriales y comerciales del Estado; señala la organización y funcionamiento de esas entidades y de los establecimientos públicos; las funciones de sus Juntas Directivas; y el carácter de los gerentes, directores o presidentes de los establecimientos públicos como agentes del Presidente de la República a quien corresponde hacer dicho nombramiento, y no a la Asamblea General, como ocurrió pues estima que dicho Gerente es un agente del Presidente al tenor de lo previsto en el artículo 28 del Decreto-ley 1050 de 1968, sin tener en cuenta que la misma norma deja a salvo de dicha disposición a los gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado igno-

rando además que la Ley 130 de 1976 reglamentó en forma especial el régimen de las sociedades de economía mixta, disponiendo expresamente en el 2º inciso de su artículo 3º, que en casos como el presente, los estatutos determinarán qué organismo y autoridad deberá designar su gerente o representante legal.

"No existe por lo tanto violación alguna de las normas señaladas por el demandante, pues existen normas especiales que son las que gobiernan la forma de elección del Gerente, que son las aplicables a este caso y que no fueron mencionadas por el actor.

"Posteriormente, con ocasión de una corrección de la demanda, la actora alega que en el acto de la elección no se cumplieron algunas formalidades previstas en los estatutos, como la convocatoria por escrito del Gerente de ICEL, el procedimiento de elección cuando hay varios candidatos, la suscripción del acta por dos de los asistentes y la falta de requisitos del elegido, pues afirma que no tiene tiene (sic) título profesional.

"Todos esos cargos que se relacionan con normas de los estatutos están suficientemente desvirtuados con las pruebas documentales que se presentaron en el momento de la contestación de la demanda y con la declaración de parte, que bajo la gravedad del juramento rindió el doctor Armando Cárdenas Ramírez, Gerente de CELCAG (sic) y parte demandada en este negocio".

Concluyen solicitando denegar las pretensiones formuladas en la demanda.

En su alegato de conclusión la demandante insiste en los puntos de vista expresados por ella tanto en la demanda como en el escrito de corrección de la misma, con iguales argumentos. Y respecto del Decreto 130 de 1976, manifiesta que en sus artículos 3º y 4º "...en lugar de contradecir lo sostenido en la demanda lo corroboran, ya que en tal decreto se está diciendo que gerentes de las *sociedades de economía mixta* en que el Estado tenga más del 90% de su capital dejan de ser agentes del Presidente de su libre nombramiento y remoción". Que tal decreto no consagra excepciones al artículo 120 numeral 5º de la Constitución ni "...modificó lo dispuesto en los artículos 3º del Decreto 3130 y 28 del Decreto 1050 los dos de 1968". Y agrega:

"Contra lo anterior no vale la invocación de los artículos 3º y 4º del Decreto 130 de 1976 que hacen los defensores de la elección del doctor Armando Cárdenas R., por cuanto dicho decreto no puede crearle excepciones al artículo 120

numeral 5 de la Constitución y tampoco modificó lo dispuesto en los artículos 3º del Decreto 3130 y 28 del Decreto 1050 los dos de 1968. Los artículos 3º y 4º del Decreto 130 de 1976, en lugar de contradecir lo sostenido en la demanda lo corroboran, ya que en tal decreto se está diciendo que gerentes de las sociedades de economía mixta en que el Estado tenga más del 90% de su capital dejan de ser agentes del Presidente, de su libre nombramiento y remoción.

"Además el Decreto 130 de 1976, no se refirió para nada a lo dispuesto por los artículos 3º y 31 del Decreto 3130 de 1968, por el 28 del Decreto 1050 de 1968, en cuanto que estas normas disponen que las sociedades de economía mixta, en las que el Estado tiene el 90% o más de su capital social, deben someterse al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, ni en cuanto se dispone que los directores, gerentes o presidentes, son de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

"El citado Decreto 130 de 1976 fue dictado en uso de facultades extraordinarias, otorgadas al Gobierno nacional por la Ley 28 de 1974 y ninguna de las precisas facultades que en esta ley se otorgan, autoriza al Gobierno para modificar lo previsto en los artículos 3º y 31 del Decreto 3130 de 1968 y 28 del Decreto 1050 de 1968.

"Aún en el supuesto de que las facultades otorgadas por la Ley 28 de 1974 hubieren sido suficientes para modificar los artículos 3º y 31 del Decreto 3130 y el 28 del Decreto 1050 de 1968, la elección de Armando Cárdenas R. como Gerente de 'CELGAC S. A.' realizada el 27 de marzo de 1989 por la Asamblea General de Accionistas seguiría siendo manifiestamente violatoria del artículo 120 numeral 5º de la Constitución Nacional, ya que según esta norma 'EN TODO CASO EL PRESIDENTE TIENE LA FACULTAD DE NOMBRAR Y REMOVER LIBREMENTE SUS AGENTES' (Mayúsculas mías). Como se ve, esta norma no admite excepciones y si no puede crearlas la ley, mucho menos puede (sic) crear esa excepción los Estatutos de 'CELGAC S. A.', que son un simple acto administrativo.

"Debo advertir a este respecto que el Decreto 130 de 1976, en ninguna de sus disposiciones dice ni podría decir que los directores, gerentes y presidentes de las sociedades de economía mixta, a que él se refiere, no son agentes del Presidente de la República ni que no sean de su libre nombramiento y remoción".

Anota que en el acta de la Asamblea General de Accionistas de 27 de marzo de 1989 "...no consta que el señor Gerente del ICEL

hubiere sido citado a dicha asamblea, mediante nota escrita entregada bajo recibo en sus oficinas, lo cual es prueba suficiente de que el acto acusado es violatorio del parágrafo del artículo 22 de los Estatutos de CELGAC S. A., de conformidad con lo establecido en el artículo 189 del C. de Co. sobre el valor probatorio de las actas". Luego de transcribir el artículo 28 de los estatutos de la sociedad demandada, manifiesta:

> "Del solo texto del numeral 9 del Acta número 73 de 27 de marzo de 1989 acusada sobre *'elección de Gerente'* se vé (sic) claro que no se cumplió en forma alguna el *procedimiento para las elecciones* ordenado en la norma estatutaria que se deja transcrita. La Asamblea de Accionistas se limitó a hacer la *ratificación* en el cargo del Gerente Armando Cárdenas Ramírez y de ninguna manera se ocupó de hacer *'la elección del Gerente'* que es para lo que está facultada por los estatutos, y que era uno de los puntos objeto de la convocatoria de dicha Asamblea. Sobre esa violación del artículo 28 de los Estatutos, no existe la menor duda y ello fue admitido por el demandado Armando Cárdenas R. cuando en el interrogatorio que se le formuló a este respecto contestó que el escrutinio de votos para su elección *'fue verbal y con un golpe en la mesa'* ".

Tras hacer la transcripción de los artículos 29 y 39 de los Estatutos de la Compañía de Electricidad y Gas de Cundinamarca "CELGAC S. A.", escribe:

> "Según el Decreto 2725 de 1980 de octubre 10 artículo 6º, la prueba del título profesional se surte mediante copia auténtica del acta de grado, o con el correspondiente diploma, uno y otro debidamente acompañados en la constancia de su registro. También con copia de la escritura de protocolización del acta de graduación y del correspondiente registro. Trámite éste (sic), que se nota a las claras, que no se ha surtido de parte del Gerente de la Compañía de Electricidad y Gas Cundinamarca 'CELGAC S. A.'.
>
> "El demandado Armando Cárdenas Ramírez no ha demostrado de acuerdo con la Ley o Decreto 2725 de 1980 que posea título de profesional universitario, ni tampoco la experiencia empresarial de cinco (5) años que exigen los estatutos al Gerente de 'CELGAC S. A.' ".

Concluye pidiendo a la Sala "...declarar nulo el acto acusado...".

El Ministerio Público:

Por su parte el señor Agente del Ministerio Público opina que "...las peticiones de la demanda deben ser denegadas". Apoya su

concepto en consideraciones que, en parte, se transcriben seguidamente:

"La parte actora solicitó en la demanda que se declare nula la elección del Gerente General de la Compañía de Electricidad y Gas de Cundinamarca S. A., recaída en el señor Armando Cárdenas Ramírez, y en escrito de alegatos de conclusión asegura que la Asamblea de Accionistas de ninguna manera se ocupó de hacer la elección del Gerente que es para lo que estaba facultada en los Estatutos.

"Al respecto cabe anotar que en el artículo 27 de los Estatutos orgánicos aprobados por la Asamblea General de Accionistas, se señala a la misma Corporación, entre otras funciones, la de: 'a) *Elegir* y remover a los miembros de la Junta Directiva, al Auditor Interno y *al Gerente*...', y, por otra parte, el artículo 38 *ibidem* (sic) refiriéndose al Gerente dice:

"'Artículo 38. ADMINISTRACION Y PERIODO. La administración directa y la representación legal de la sociedad están a cargo de un mandatario llamado Gerente, quien tendrá la calidad de empleado público y durará en sus funciones por el término de dos (2) años, contados a partir de su nombramiento, pudiendo ser reelegido...'.

"Cuando la norma transcrita se refiere a la reelección del Gerente no puede significar nada diferente a la posibilidad que tiene el funcionario que viene desempeñando ese cargo de ser designado nuevamente en el mismo mediante elección. En el caso que nos ocupa, aparece que en la Asamblea General de Accionistas, sesión de 27 de marzo de 1989 —Acta número 73—, los señores Gobernador de Cundinamarca y Director del ICEL propusieron la 'ratificación en el cargo del actual Gerente doctor Armando Cárdenas Ramírez'. El término 'ratificación' que con poca fortuna emplearon los proponentes —o el acta— no tiene el alcance que pretende darle la actora, pues la facultad de la Asamblea General de Accionistas es para elegir —o, como en este caso, reelegir— al Gerente y no para ratificar, aprobar o confirmar la mencionada designación, pues para esto se requeriría que la facultad nominadora estuviera en cabeza de otra autoridad y, como en un acto complejo, posteriormente interviniera una segunda voluntad para aprobar la designación.

"El parágrafo del artículo 22 de los Estatutos de 'CELGAC S. A.', que según la demandante fue transgredido con el acto acusado, dispone:

"'Artículo 22. Convocatoria

"'. . . . . .

"'Parágrafo. En todo caso la citación del Gerente del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica «ICEL» se hará por medio de nota escrita que será entregado bajo recibo en las oficinas de la Gerencia del ICEL y su omisión invalida los actos que ejecute la Asamblea'.

"La circunstancia de que en el acta de la Asamblea General de Accionistas de 27 de marzo de 1989 no conste que el Gerente del *ICEL* hubiera sido citado a la sesión de esa fecha no demuestra que ellas no se hubiera llevado a cabo, pues los Estatutos no exigen para su demostración que la citación aludida haga parte o se incluya dentro del acta respectiva. Para establecer tal omisión ha debido la parte actora, que es la interesada, proveer o facilitar la consecución de prueba idónea emanada de la Gerencia general (sic) de ICEL que señalara que a esa oficina nunca llegó nota escrita de citación al Gerente.

"Según la escritura pública número 52 de 13 de enero de 1988, la Compañía de Electricidad y Gas de Cundinamarca S. A., antes Electrificadora de Cundinamarca, constituída (sic) por la escritura pública número 972 de 13 de marzo de 1958, es una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

"Al folio 95 obra certificación expedida por el subgerente administrativo de la Compañía de Electricidad y Gas de Cundinamarca S. A. —CELGAC S. A.— en la que se discrimina la composición accionaria que tenía la mencionada compañía el 31 de marzo de 1988, así: ICEL 59.74, Departamento de Cundinamarca 29.22, Departamento del Meta 4.39, Municipios de Cundinamarca 5.65, Municipios del Meta 0.96, particulares 0.04. Ello indica que el estado (sic) tiene más del 90% del capital de la sociedad CELGAC S. A.

"Siendo la Compañía *CELGAC* una sociedad sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, está sujeta a la tutela gubernamental en la medida en lo que determinen la ley que la crea o autoriza y el respectivo contrato social —art. 8º Decreto 1950 de 1968— que en este caso corresponde al ICEL.

"En cuanto al cumplimiento de sus funciones, el artículo 30 del mismo decreto dispone que en esa materia las empresas industriales y comerciales del Estado se ceñirán *'a*

la ley o norma que los creó y a sus estatutos;...' (se subraya) y, en concordancia con este principio, la Asamblea General extraordinaria de accionistas aprobó reformar el artículo 27 de sus estatutos, en los cuales se señaló como una función la de elegir al Gerente.

"El artículo 28 del Decreto 1050 de 1968 expresa:

"'Artículo 28. Del carácter de los gerentes, directores o presidentes y miembros de las juntas directivas. Los directores, gerentes o presidentes de los establecimientos públicos, salvo las universidades y las empresas industriales y comerciales del Estado, son agentes del presidente (sic) de la república (sic), de su libre nombramiento y remoción'.

"De acuerdo con la norma transcrita, son agentes del Presidente de la República de su libre nombramiento y remoción, los gerentes, directores o presidentes de los establecimientos públicos —excepto las universidades— y las empresas industriales y comerciales del Estado.

"Sin embargo, posteriormente, el Decreto-ley 130 de 1976 modificó la disposición transcrita en cuanto tiene que ver con la designación de gerentes, directores o presidentes".

El señor Fiscal acoge lo expuesto por la Sala en providencia de 23 de junio de 1989, sobre la vigencia y aplicación del Decreto-ley 130 de 1976, transcribiendo apartes de la misma.

Consideraciones de la Sala:

La demandante pide "...se declare *nula* la elección de *Gerente General,* de la Compañía de Electricidad y Gas Cundinamarca S. A. recaida en el señor Armando Cárdenas Ramírez y realizada por la asamblea (sic) General de Accionistas en su sesión del día 27 de marzo de los corrientes, que consta en el Acta número 73 de esa fecha".

Afirma que a tenor del artículo 120, numeral 5 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto-ley 1050 de 1968, el nombramiento de Gerente General de la mencionada compañía es acto propio del Presidente de la República, por tratarse del gerente de una sociedad de economía mixta del orden nacional cuyo capital en más del 90% pertenece al Estado, sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado según el artículo 3º del Decreto-ley 3130 de 1968. Por consiguiente, la Asamblea General de Accionistas de la compañía carecía de competencia para elegir al señor Armando Cárdenas Ramírez como Gerente General de la misma. Por ello, de acuerdo con lo que "...dice el profesor Rivero..." el acto de elección está viciado de nulidad por

haberlo expedido quien carecía de competencia para hacerlo. La elección, en tales condiciones, violó el artículo 120 numeral 5º de la Constitución Nacional y el artículo 28 del Decreto-ley 1050 de 1968 y de contera los artículos 1º, 6º, 25, 26 literal B del mismo decreto y los artículos 3º y 31 del Decreto 3130 también de 1968.

En la corrección de la demanda consideró que también fueron violados el parágrafo del artículo 22 y los artículos 28, 29 y 39 de los Estatutos de la sociedad "CELGAC S. A.".

En el proceso está plenamente demostrado con la escritura pública número 52 de 13 de enero de 1988, de la Notaría Undécima del Círculo de Bogotá D. E. (fls. 1 a 15), las Certificaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 46 a 50), del Subgerente Administrativo de CELGAC S. A. (fl. 95) y el Oficio de la Secretaría General del Ministerio de Minas y Energía (fl. 141), que la Compañía de Electricidad y Gas Cundinamarca S. A. "CELGAC S. A." es una sociedad anónima de economía mixta, de orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, con personería jurídica propia, autonomía administrativa, capital independiente, aportado con participación de entidades públicas en un 99.96% y de particulares en un 0.04%, sometida al régimen legal establecido para las empresas industriales y comerciales del Estado, siendo sus accionistas el ICEL, los Departamentos de Cundinamarca y Meta y Municipios de ambos Departamentos y la Federación Nacional de Cafeteros "Comité Departamental de Cafeteros" (fls. 10 y 47). Está también demostrado con el acta correspondiente, que la Asamblea General de Accionistas realizada el 24 de marzo de 1989, ratificó al señor Armando Cárdenas Ramírez como Gerente General de la Compañía; y con los estatutos orgánicos está comprobado que la Asamblea General tiene entre sus funciones la de elegir "Gerente General".

Ciertamente, como lo puso de presente la Sala al decidir el recurso ordinario de súplica propuesto contra el auto por medio del cual la Sala Unitaria suspendió provisionalmente los efectos del acta de la sesión durante la cual la Asamblea General Ordinaria de Accionistas eligió al señor Armando Cárdenas Ramírez Gerente General de la mencionada sociedad, el Decreto-ley 130 de 1976, expedido con base en facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 28 de 1974, modificó parcialmente el régimen legal aplicable a las sociedades de economía mixta, contenido de manera especial en los Decreto 1050 y 3130 de 1968.

En efecto: El artículo 28 del Decreto-ley 1050 de 1968, en cita, respetando el contenido del numeral 5º del artículo 120 de la Carta Política, en cuanto el canon constitucional prescribe que compete al Presidente de la República "nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o leyes posteriores", dispuso lo siguiente:

"...los directores, gerentes o presidentes de los establecimientos públicos, salvo las universidades, y de las empresas industriales y comerciales del Estado, son agentes del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción...".

Prescripción que, además, está en consonancia con el inciso segundo del numeral 5º de la disposición constitucional citada, en cuanto en él se dice que "en todo caso, el Presidente tiene facultad de nombrar y remover libremente sus agentes".

Por su parte, el Decreto-ley 3130 de 1968, en su artículo 3º, prescribe que las sociedades de economía mixta en cuyo capital el Estado posea el 90% o más "...se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado".

La preceptiva de los Decretos 1050 y 3130 de 1968 fue modificada, como ya lo dijo la Sala en providencia anterior (fls. 68 a 74), por lo dispuesto en los artículos 3º y 4º del Decreto-ley 130 de 1976, del siguiente tenor:

"Artículo 3º Del régimen aplicable a las sociedades con aporte nacional igual o superior al 90% del capital social. Las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere igual o superior al 90% del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

"Cuando en estas sociedades la participación oficial fuere exclusivamente de entidades descentralizadas, en el respectivo contrato social se señalará quien elige o designe su Gerente, y se determinarán la composición y Presidencia de sus Juntas Directivas.

"Artículo 4º De la constitución de sociedades entre entidades públicas. 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 y 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".

Del contenido del transcrito artículo 3º del Decreto-ley 130 de 1976, aparece claro que el régimen legal aplicable a las sociedades de economía mixta en las que el capital esté constituido en un 90% o más con aporte nacional es el mismo vigente para las empresas indus-

triales y comerciales del Estado, y que si en tales sociedades "...la participación oficial fuere exclusivamente de entidades descentralizadas...", es en el respectivo contrato social en donde se precisará quien designa, nombra o elige gerente, y en el mismo documento "...se determinarán la composición y Presidencia de sus Juntas Directivas".

Y del contenido del artículo 4º del mencionado Decreto-ley 130, es evidente que el régimen legal previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado es el mismo que debe aplicarse a las sociedades de economía mixta en las que participan exclusivamente entidades públicas con el objeto de "...desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial". También, que en sus estatutos "...se señalará quien elige o designa su gerente...", así como la composición y presidencia de las juntas directivas, y disponer "...que un mismo órgano hará las veces de Asamblea de Accionistas o Junta de Socios y de Junta Directiva".

Con base en los artículos anteriormente transcritos fue que la Asamblea General de Accionistas consagró en los estatutos de la sociedad, artículo 27, que entre sus funciones está la de "a) Elegir y remover libremente ..., al Gerente de la sociedad".

Si el artículo 120, numeral 5º de la Constitución Política establece que corresponde al Presidente de la República el nombramiento de quienes "...deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, *según la Constitución o leyes posteriores*"; en el caso de la ratificación del señor Armando Cárdenas Ramírez como Gerente General de la Compañía CELGAC S. A., no aparece enfrentamiento o violación del canon constitucional, pues fue precisamente con base en una *ley posterior*, el Decreto-ley 130 de 1976, que la Asamblea General de Accionistas lo reeligió. En este punto cabe recordar que los decretos expedidos por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso en ejercicio de la atribución consignada en el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, tienen categoría de ley, pues el Presidente queda investido de la misma atribución del Congreso para legislar. Podríamos afirmar que se trata de una especie de "delegación" que produce el traslado total de la capacidad legisladora propia del Congreso.

La Sala encuentra oportuno reiterar lo dicho por ella en su ya mencionada providencia de 23 de junio próximo pasado, por medio de la cual decidió el recurso ordinario de súplica invocado por el demandado contra el auto que decidió suspender los efectos del acta de la sesión de la Asamblea General de Accionistas que reeligió al señor Armando Cárdenas Ramírez. Lo pertinente de la providencia, al referirse a los artículos 3º y 4º de la Ley 130 de 1976, es del siguiente tenor:

"La razón que tuvo en cuenta el legislador, seguramente, para establecer una regulación diferente en los dos últimos eventos, en materia de designación y remoción de Gerente, Director o Presidente de la sociedad de economía mixta, es muy clara: Ninguna de las entidades descentralizadas del orden nacional que se ponen de acuerdo para crear la entidad descentralizada de segundo grado, ni ninguna de las entidades públicas (Nación, departamento, municipio o ente descentralizado de cualquiera de estos órdenes) que hagan lo mismo, puede imponer su voluntad sobre la de los otros que también tienen su personería jurídica y su autonomía y patrimonio independiente, y, como consecuencia, en esa materia de determinar la persona que lleve la representación legal de la sociedad de economía mixta, deberá estarse a lo que libremente convengan en sus Estatutos. No acontece lo mismo en el primer evento, es decir, en el previsto en el inciso primero del artículo 3º del Decreto 130 de 1976, por cuanto el Presidente de la República es la suprema autoridad administrativa, y por mandato de la Constitución y de la ley, le corresponde como tal designar y remover libremente a sus agentes, entre los cuales se encuentran los gerentes, directores o presidentes de las empresas industriales y comerciales del Estado, y los gerentes o directores de los establecimientos públicos, del orden nacional, que con la Nación, y previa la autorización legal o estatutaria, acuerdan crear el nuevo ente descentralizado del mismo orden nacional y no sólo a aquellos sino también, en la mayoría de los casos, a algunos miembros de la Junta o Consejo Directivo de esas empresas o establecimientos públicos, salvo los Ministros o Jefes de Departamento administrativo (sic) a los cuales se encuentran vinculados dichos entes que forman parte de ellos por derecho propio y los representantes, también en algunos casos, del sector privado".

"El Decreto-ley 130 de 1976, en relación con las disposiciones de los Decretos 1050 y 3130 de 1968. El decreto ley (sic) 130 de 1976, en sentir de la Sala, en realidad de verdad vino a modificar y derogar algunas disposiciones de los decretos (sic) 1050 y 3130 de 1968, especialmente en cuanto hace relación al aspecto de designación de gerente, director o presidente de las sociedades de economía mixta en donde el Estado tenga el noventa por ciento o más de su capital social, pues al paso que en estos el asunto seguía la regla general que gobierna a las empresas industriales y comerciales del Estado, o sea, que la designación y remoción correspondía al Presidente de la República, en aquél dicha competencia o facultad sólo la posee el Presidente, cuando

se trata de sociedad de economía mixta en donde el capital social sea de la Nación exclusivamente, o de ésta y una o varias entidades descentralizadas del orden nacional en cuantía superior al noventa por ciento, y excepcionalmente, piensa la Sala, cuando tratándose de sociedades creadas por otras entidades descentralizadas del orden nacional o por otras entidades públicas, los Estatutos así llegaren a disponerlo expresamente".

Lo anterior lleva a la Sala al convencimiento de que con la elección del tantas veces mencionado señor Armando Cárdenas Ramírez como Gerente General de la Compañía CELGAC S. A., no se desconoció lo dispuesto en los artículos 120 numeral 5º de la Constitución Política, 3 y 31 del Decreto-ley 3130 de 1968 y 1º, 6º, 25, 26, literal B, y 28 del Decreto-ley 1050 del mismo año. Por consiguiente, no prospera el cargo.

Por lo que hace a la violación de los artículos 22, 28, 29 y 39 de los Estatutos, cabe afirmar:

La Sala está de acuerdo con lo expresado al respecto por el señor Fiscal Séptimo, cuando afirma que la circunstancia, aducida por la demandante, "...de que en el acta de la Asamblea General de Accionistas de 27 de marzo de 1989 no conste que el Gerente del *ICEL* hubiera sido citado a la sesión de esa fecha no demuestra que ella no se hubiera llevado a cabo, pues los Estatutos no exigen para su demostración que la citación aludida haga parte o se incluya dentro del acta respectiva", y que la parte actora debió "...para establecer tal omisión..., proveer o facilitar la consecución de prueba idónea...", para demostrar la inexistencia de la nota escrita. Sobre este tópico, la Sala entiende que la citación escrita no tiene otro objeto distinto al de que se asegure la asistencia del Gerente del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica "ICEL" para que participe en las sesiones en representación del socio mayoritario. En el Acta número 73, de marzo 27 de 1989, correspondiente a la sesión de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas, durante la cual se reeligió Gerente General al señor Armando Cárdenas Ramírez, documento que constituye el anexo número 1 del expediente, consta la asistencia del Gerente General del mencionado Instituto, doctor Diego Otero Prada. Dice así lo pertinente del acta (fl. 3 del anexo):

"1. *Verificación del quórum.*

"Se procedió a leer las representaciones y autorizaciones respectivas, contándose la asistencia de los siguientes accionistas:

	Acciones	*Porcentaje*
INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA ICEL re-		

presentado por el doctor Diego Otero Prada, Gerente General	29.823.880	57.37%
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Representado por el doctor Jaime Posada Díaz, Gobernador del Departamento de Cundinamarca	14.588.388	28.06%

"La anterior representación constituye el 85.43% de las aciones acciones (sic) suscritas lo que permite conformar el *quórum* requerido para deliberar y decidir".

No obstante, en el expediente, al folio 96, obra fotocopia autenticada por la Gerencia Administrativa de la Compañía CELGAC S. A., de oficio de 27 de febrero de 1989, con el cual el Gerente General le informa al Director General de ICEL de la convocatoria a Asamblea General el día 27 de marzo, transcribiéndole el orden del día, en el que, como ya se dijo, aparece en el punto nueve la elección de Gerente General.

Anota también la Sala que la elección del mencionado Gerente General se llevó a cabo con sujeción a lo dispuesto en el artículo 28 de los Estatutos, que regula el procedimiento para las elecciones, pues en dicho acto actuó una mayoría que representa el 85.43% de las acciones "...presentes en la reunión". Al respecto el literal h) del supracitado artículo 28, dispone:

"Artículo 28. Procedimiento para las elecciones. En las elecciones y votaciones que corresponda hacer a la Asamblea General de Accionistas se observarán las siguientes reglas:

... ...

h) La elección del Gerente y todas las demás elecciones unilaterales, se harán una a una por la mayoría que represente el setenta por ciento (70%) de las acciones presentes en la reunión".

No prospera, en consecuencia, el cargo.

Respecto del cargo de violación de los artículos 28, 29 y 39 de los Estatutos de la Compañía de Electricidad y Gas Cundinamarca S. A. "CELGAC S. A.", hecho en el escrito de corrección de la demanda, la Sala encuentra que la competencia, en única instancia, de que trata el numeral 4º del artículo 128 del C. C. A., subrogado por el artículo 2º del Decreto 597 de 1988 y modificado por el Decreto-ley 2304 de 1989, se reduce a la comprobación de la violación de la Constitución y la ley, en este caso del artículo 120 numeral 5º de la Constitución y de los artículos 3º y 31 del Decreto-ley 3130 de 1968

y 1º, 6º, 25, 26, literal B, y 28 del Decreto-ley 1050 del mismo año, considerados por la demandante como normas violadas con la expedición del acto administrativo de elección del señor Armando Cárdenas Ramírez como Gerente General de la mencionada sociedad. Esa competencia para conocer por razón del ejercicio de la acción pública electoral, "...de nulidad de las elecciones de Presidente de la República, designado a la Presidencia, senadores y representantes a la Cámara, así como de los que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o cualquiera autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada del orden nacional" (art. 128,4 C. C. A.) no puede extenderse a la confrontación con reglamentos o estatutos y demás normatividad de categoría inferior dentro de la jerarquía del ordenamiento legal de la Nación.

Es más: Las sociedades de economía mixta no son parte de la administración y "apenas ofrecen el nexo de la 'vinculación' con la administración, pero no se hallan directamente adscritas a ella, como ocurre con otros entes que, por tal 'adscripción' se consideran parte de la misma (Decreto-ley número 1050 de 1968, art. 1º)", según lo expresó la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia fechada el 24 de abril de 1980. Y los estatutos de esta clase de sociedades, como claramente se desprende de la preceptiva de los artículos 3º y 4º del Decreto-ley 130 de 1976, forman parte del "contrato social" en el que debe indicarse quien elige o designa gerente de dichas sociedades, contrato social que está sometido al derecho privado, pues solamente produce efectos entre las partes. Corolario de lo que acaba de indicarse es que las controversias que surjan entre las partes por razón de conflictos en la aplicación del "contrato social" son de competencia de los jueces del circuito, al tenor del artículo 16, numeral 12 del C. de P. C., en concordancia con el artículo 414 *ibídem.*

Por lo que ha quedado dicho sobre esta materia, la Sala se inhibe para pronunciarse sobre los cargos de violación de los artículos 28, 29, 39 de los Estatutos de la Compañía de sigla "CELGAC S. A.".

Por todo lo anterior, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º No prosperan los cargos de nulidad del acta de elección del señor Armando Cárdenas Ramírez como Gerente General de la Compañía de Electricidad y Gas Cundinamarca S. A. "CELGAC S. A.", Acta número 73 correspondiente a la sesión de la Asamblea General de Accionistas celebrada el 27 de marzo de 1989, con base en violación de los artículos 120, numeral 5º de la Constitución Política, 3 y 31 del

Decreto-ley 3130 de 1968 y 1º, 6º, 25, 26, literal B y 28 del Decreto-ley 1050 del mismo año, y en consecuencia, se niegan las súplicas de la demanda.

2º Inhíbese de un pronunciamiento por razón de cargos formulados contra la misma acta por violación de los artículos 28, 29 y 39 de los Estatutos de la Compañía "CELGAC S. A.".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Jorge Penen Deltieure, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez,* ausente con excusa; *Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CAPITULO III

ELECTORALES DEL ORDEN NACIONAL

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Calidades / PRINCIPIO DE CAPACIDAD ELECTORAL / DERECHO A SER ELEGIDO

Obra prueba tendiente a demostrar el ejercicio principal, al cuestionado por el término y con la calidad exigida por la Constitución para ejercer el cargo de Procurador General de la Nación. El derecho a ser elegido o la elegibilidad, es la situación de quienes reúnen las condiciones constitucionales y legales para acceder, mediante elección, a deteminadas funciones o cargos oficiales no coincidiendo con la capacidad electoral activa, por cuanto requiere del candidato condiciones suplementarias establecidas por el Derecho Positivo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expedientes acumulados números 0202 y 0213. Actores: Alfredo Castaño Martínez y Víctor Velásquez Reyes, respectivamente.

Agotada la ritualidad propia del proceso electoral, con aporte del concepto del señor Fiscal Séptimo Colaborador opuesto a las pretensiones de los actores, y no observando en lo actuado motivo alguno de invalidez procede la Sección a proferir sentencia de mérito en los procesos acumulados de la referencia, atañederos a la solicitud de nulidad del acto complejo declaratorio de la elección del doctor Horacio Serpa Uribe como Procurador General de la Nación, no obstante que el demandado dejó de desempeñar esa función por renuncia aceptada. Así se procede en interés de la seguridad jurídica que debe existir respecto de cuestión contenciosa de relevante interés administrativo y en defensa de la legalidad indispensable al ejercicio de los empleos oficiales, con mayor razón tratándose de aquéllos constitutivos de las más altas dignidades del servicio público.

Antecedentes:

I. *De las demandas acumuladas.*

a) En el proceso 0202 el actor, Alfredo Castaño Martínez, en su propio nombre solicita declarar nulo el "...Acto Electoral por medio

del cual la Cámara de Representantes eligió como Procurador General de la Nación al doctor Horacio Serpa Uribe, por carecer éste de los requisitos y condiciones personales exigidos por los artículos 144 y 150 de la Constitución Nacional, las mismas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia...".

Sustenta esa pretensión en el hecho de haber elegido, la honorable Cámara de Representantes, Procurador General de la Nación al doctor Serpa Uribe, en sesión del miércoles 10 de agosto de 1988, de terna enviada por el señor Presidente de la República y para el resto del período 1986 a 1990, elección confirmada por esa Corporación en sesión de 23 de los mismos mes y año, no obstante que, en concepto del accionante, el elegido no reúne las condiciones de elegibilidad para ese cargo, determinadas en el artículo 150 de la Carta Política Fundamental en concordancia con el artículo 144 *ibidem*. Aduce, al respecto, que el doctor Serpa Uribe no ha sido Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en propiedad o Magistrado de alguno de los Tribunales Superiores de Distrito, por un período no menor de cuatro años; ni Fiscal de Tribunal Superior por el mismo tiempo o Procurador General de la Nación por tres años, o Procurador Delegado por cuatro, o Consejero de Estado por el mismo período, así como tampoco ha ejercido con buen crédito, por diez años a lo menos, la profesión de abogado o el profesorado en jurisprudencia en algún establecimiento público.

Como fundamentos de derecho cita numerosas disposiciones del Decreto 01 de 1984, actual Código Contencioso Administrativo; el Decreto 597 de 1988; los artículos 144 y 150 de la Constitución Nacional y el Decreto 1660 de 1978, no obstante lo cual, circunscribe el concepto de la violación a la infracción de los precitados dos artículos de la Carta Política.

b) En el proceso 0213 solicita el demandante, señor Víctor Velásquez Reyes, también en su propio nombre, declarar la nulidad de las referidas elección y confirmación del doctor Horacio Serpa Uribe como Procurador General de la Nación, por cuanto el elegido, habiendo sido Senador de la República en ejercicio hasta el 7 de abril de 1988, se hallaba incurso en causal de inelegibilidad para dicho cargo, pues que resulta incompatible esa función con el empleo de Procurador en el período constitucional para el que ha sido elegido Senador, y en caso de renuncia al ejercicio de la senaturía, hasta un año después de la aceptación de ella, conforme a las previsiones de los artículos 109 y 112 de la Constitución Política.

También, porque el elegido carecía de las calidades requeridas para ser Procurador General de la Nación, conforme a la previsión del artículo 150 de la Carta; y, finalmente, porque la honorable Cámara de Representantes, al votar por el doctor Serpa Uribe para el cargo en mención, no eligió sino que "...se limitó a ratificar al designado

irregularmente por el señor Presidente...", habida cuenta que "... únicamente había un candidato, que además contaba con todo el beneplácito de los distintos entes del Estado, que, como se vio participaron y contribuyeron con su grano de arena, para la permuta de una curul del Senado por la Fiscalía de la Nación..." (fl. 58).

Invoca el actor como disposiciones violadas los artículos 2º, 10, 20, 65, 102-1, 109, 112, 116, 119, 119-4, 144, 148 y 150 de la Constitución Nacional y el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, infracciones que explica, así:

> "A) El señor Presidente, desconociendo olímpicamente y por enésima vez, su compromiso hecho ante el pueblo colombiano el día de su posesión, en que juró defender la Constitución y las leyes, como lo impone el artículo 116 de la Carta vilipendiada, ejerce la facultad que tiene por el legislador ordinario y en receso de la Cámara, ante el desaparecimiento cruel del titular, de nombrar interinamente, al Procurador General de la Nación.
>
> "Y es, así, como nombra al doctor Horacio Serpa Uribe en dicha posición, confiriéndole en consecuencia el empleo de Procurador General de la Nación, en forma interina, no obstante ser de su conocimiento y del público, que, el nombrado por ser senador, no puede ocupar la Cartera fiscal que le otorga, por imperioso precepto constitucional como lo regla el artículo 109.
>
> "Sin embargo, el agraciado y beneficiado con la inconstitucional designación, sin reato moral alguno, toma posesión en forma inmediata del cargo, vulnerando no solamente la Constitución que juró defender como parlamentario, sino, que ahora debe acatar y respetar y que al posesionarse del cargo reitera defender, cosa paradógica, el que debe velar por la correcta aplicación de la ley y dar ejemplo, pues, es el representante de la sociedad, desconoce los fundamentos de la Carta y deja de un lado el juramento. Es decir, que jura en falso, en razón a que la desconoce y desconoce el compromiso sagrado de propender por el cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales, tal cual lo dijo la prensa nacional.
>
> "Esta primera designación del Presidente Barco, implica en consecuencia, que, el Presidente no ejerció sus atribuciones dentro de los lineamientos del artículo 2º de la Constitución, de una parte y, de otra, que, con dicho acto (el Decreto 616 de 1988) se vulneró la Ley 25 de 1974 en su artículo 4º, numeral 1º y, que, el doctor Serpa Uribe, se hallaba, como se halla, incurso en una inhabilidad que va hasta el año si-

guiente, según lo preceptúa el artículo 112 de la martirizada Carta Fundamental de Colombia. E, igualmente, que carecía de las calidades requeridas para dicha designación, en razón de ocupar con anterioridad alguno de los cargos que se mencionan en el 150 y de que por ocupar cargos diferentes, no ha demostrado que haya ejercido la profesión de abogado por el término ejercitado y requerido por la norma.

"En el caso comentado, no importaba para nada el mejoramiento del servicio público en cuanto a fiscalización.

"Este antecedente, como se observa ahora, señores Consejeros, tiene vital importancia y es decisivo en la ratificación por la Cámara del doctor Serpa como Procurador.

"B) El nombramiento inicial del Senador Serpa Uribe, a la sazón segundo vicepresidente de dicha Cámara Legislativa y su posesión inmediata, está condicionada a la inclusión de su nombre en el listado, que, el Presidente debe remitir en el mes de agosto a la Cámara de Representantes y a la posterior elección de éste por aquella.

"Esta aseveración no es gratuita, se observa en la publicación del periódico de El Espectador del viernes 8 de abril pasado, que, anexo y en el que se lee bajo el subtítulo *'su nombre en la terna'* (subrayo): *'...Reconoció que su designación se venía gestando desde hace algunos días...trascendió que el doctor Serpa encabezará la terna para Procurador cuando el Presidente Barco la envíe a la Cámara de Representantes...'* (subrayo).

"Es decir, que, posteriormente se buscaría la legalización por la entidad competente para proveer el cargo de lo inicialmente inconstitucional o nulo e irregular actuación, tanto del primer empleado de la Nación como del primer guardián de la Carta y de la ley y del máximo exponente de la sociedad colombiana, que, dice representar.

"El periódico El Tiempo de la misma fecha y que se adjunta este memorial, en la página 15A expresa: *'...Serpa Uribe aceptó el cargo y ayer sostuvo una entrevista con el primer mandatario, luego de la cual tomó posesión'.*

"'En declaraciones formuladas antes de su posesión, dijo que en caso de que vea que puede adelantar una buena labor permanecería en el cargo hasta el final de la actual administración, a pesar de que por ello quedaría inhabilitado para ser elegido al Congreso en 1990' (subrayo).

"Por ello el reportaje del domingo 17 de abril último de este mismo año, en El Espectador, página 14A y bajo el

título 'Habla el Procurador General de la Nación' se anota: *'Así se plantea la gestión de Horacio Serpa. Que puede durar «dos días, o dos años». Todo depende de si el Consejo de Estado acepta o no la legalidad de su nombramiento, y de si la Cámara lo confirma, después de julio'* (subrayo).

"Sin embargo, es el propio doctor Serpa Uribe, quien, ante la opinión pública confiesa la negociabilidad de su cargo de Senador por la Procuraduría y bajo el título 'Sacrifica la Curul' El Espectador de 9 de junio del presente calendario nos cuenta:

"'*...Serpa Uribe declaró a Juan Carlos Martínez, de Sutatenza que se siente a gusto en su cargo y que quiere cambiar la tarea de político por la de máximo fiscalizador...*' (subrayo).

"C) Esta negociabilidad o permuta de una curul por el cargo de Procurador, hecha, desde antes de su nombramiento irregular, culmina entonces, honorables Consejeros, en la 'elección' que se acusa, para lo cual mencionaré los siguientes entre-actos, que, demuestran la burda burla de los cánones constitucionales y el fraude a la ley, voluntaria y exprofesamente se cometió, tanto por el presentador de la terna, como por la Cámara de Representantes al elegirlo y confirmarlo, a saber:

"En efecto, El Espectador de 3 de agosto pasado, en la página 5A, en la columna del periodista Carlos Murcia llamada Periscopio Político dice: '*...existe en la Cámara de Representantes consenso para confirmar en el cargo al Senador Horacio Serpa Uribe, quien encabeza la lista*' (subrayo y el interlineado es mío).

"Es precisamente, La Prensa, nuevo periódico en el ámbito nacional y, cuyo primer número vio la luz de la Nación el día 4 de agosto de 1988, el que ofrece la plena prueba del montaje y de cómo todos los estamentos de la administración pública, participan para favorecer al Senador Serpa en su aspiración y compromiso adquirido al permutar su curul por la Procuraduría, veámosla: En efecto, dicho matutino en la página 9 dice: 'Serpa tiene asegurada su confirmación en la Procuraduría General de la Nación' y a renglón seguido afirma: *'El Contralor General de la República, Rodolfo González García, es el adversario político número uno del Procurador Horacio Serpa Uribe, en Santander. A pesar de esa vieja rivalidad el Contralor, quien tiene hoy la mayoría absoluta en la Cámara de Representantes, depuso sus discrepancias y se unió a su enemigo político para asegurarle su confirmación como Procurador, el miércoles de la semana próxima'* (subrayo).

"Los indicios, pues de la desviación del poder, para favorecer a una persona determinada crecen como crece la sombra cuando el sol declina, parodiando, la frase del cura de Pativilca, en su famosa oración al Libertador.

"Aquí otra prueba, El Espectador de 10 de agosto titula: 'Cámara *ratificará* al Procurador' (pág. 5A, subrayo).

"Y, El Tiempo de la misma fecha, expresa en la página 6A: *'Cámara elegirá a Serpa Uribe como Procurador; ...'*.

"Es pues, esta secuencia, señores Consejeros de Estado la prueba de la maquinación y antecedentes de la elección, confirmación y posesión como Procurador del Senador Serpa, lo que ya no sorprende a nadie, pero, que salta e indigna, que, quienes elaboran las normas y están obligados a su acatamiento, sean los primeros en violarla, únicamente para satisfacer intereses ajenos al buen servicio público y al bienestar común de la Nación.

"Con estos entre-actos, se llega a la sesión de la Cámara de Representantes y de la lectura del acta contenida en el anal número 67 que debidamente autenticado se aporta, encontramos la prueba final, no obstante saberse de antemano, que, todo iba camino a la ratificación por la Cámara de la designación que había hecho irregularmente el Presidente, pretendiendo validar lo que desde sus orígenes es nulo, precisamente por la forma como se sucede dicha nominación y por la inhabilidad del beneficiario de todo el estamento de la administración pública en sus distintas facetas o niveles: Presidencia de la República, Congreso y Contraloría.

"Es así, entonces, como en la sesión de 10 de agosto y sin la participación conservador, pues, ya la prensa nacional lo había registrado, se abstendrían de votar por el doctor Serpa, previa la lectura de una constancia.

"Lo registra también el acta, contenida en el mencionado anal, el Representante Román Gómez Ovalle, postula al doctor Serpa y es la única que se hace. No hay más, el país, ha presenciado un rito de la democracia y ha salido victorioso el doctor Serpa, persona respetable pero, que no encuadra dentro de los lineamientos que exigen los artículos 109, 112, 144, 150 y 148 de la supra ley colombiana.

"Menos la confirmación y ratificación por la Cámara de Representantes de lo hecho por el Presidente de la República.

Los romanos decían con el aforisma ACTUS AB INITIO NULLUS NON POTEST VALDARI (no es validable y menos confirmable lo que en su origen es nulo).

"Esta actuación, señores Consejeros, dejan en el alma del ciudadano común, un amargo sentimiento de repulsa cívica, ante el irrespeto de los textos supralegales.

"De ahí, que, la violación de la ley, en el presente evento, podemos concuirla en los siguientes puntos:

"1º La terna que presentó el señor Presidente Barco, se desprende del compromiso pactado, el 7 de abril del presente año, fecha de expedición del Decreto 616 de 1988 y que se comprueba y demuestra con las declaraciones públicas de los diarios nacionales, que, acá se mencionaron.

"Terna, que, podemos decir, es de una sola persona, pues, los otros dos componentes de la misma, por los antecedentes narrados, constituyen, mera mención, pero sin posibilidad de elección o participación en igualdad de condiciones con el beneficiario doctor Serpa. Este listado, buscaba, simplemente el lleno del formulismo de constar tres nombres, pero, sin que los tres, tuvieran participación alguna en el retozo democrático, hecho que de por sí configura una desviación de poder, por la favorabilidad de la administración, hacía el doctor Serpa.

"2º La inclusión del doctor Serpa en la lista, por parte del señor Presidente, a sabiendas, de su elección por la Cámara y de la inhabilidad del mismo doctor Serpa Uribe, como del término de la misma, configura un desconocimiento total del artículo 109 y 112 de la Carta. Además, de que, como se conoce públicamente, el doctor Horacio Serpa, no ha ocupado ninguno de los cargos y menos ejercido por el término de 10 años, la profesión de abogado, en razón de que ejercer, es abogar en juicio por, o defender a alguien, o hablar por y, como se observa, los cargos ocupados por el distinguido Senador de la República, no se ajustan a los presupuestados por el canon 150 de la Carta.

"Por manera, que, no habiéndose aclarado por el legislador sobre el cargo de Procurador, no le es dable al intérprete distinguir y por ello, el Presidente no podía postularlo para la dignidad que ocupa.

"Lo anterior partiendo de la base, de que, su inclusión en el listado, se deriva de la actuación de 7 de abril, para lo cual también hay que tener en cuenta, al Decreto 1660 de 1978 en su artículo 43, que dispone: '*Habrá la designación*

de personas que reúnan los requisitos y calidades exigidas', por lo que propuesta la terna, que tiene apariencia de seria, no lo es, convirtiendo en una afrenta para quienes figuran en ella, a excepción del electo de antemano, de acuerdo a las informaciones de prensa que se discutieron antes en este libelo.

"3º La Cámara de Representantes, en su sesión del día 10 de agosto del presente año, no eligió, pues, la única postulación hecha en dicha sesión, la hizo el Representante Román Gómez Ovalle y como lo registró días antes la prensa nacional, tanto liberal como conservadora, se limitó a ratificar al designado irregularmente por el señor Presidente, pues, entre los dos vocablos existe una diferencia semántica extraordinaria, por manera, que, existe en este acto y en la confirmación del día 23 de agosto, una desviación de poder, al designarse al colega congresional, Senador Serpa" (Sic. fls. 51 a 57 fte.).

II. *Contestación de la demanda.*

a) En el proceso radicado al número 0202, el doctor Serpa Uribe otorgó poder al profesional del Derecho Jorge Guerrero Lozano, quien se opuso a las pretensiones del actor afirmando la plena observancia de las normas alegadas como infringidas y proponiendo, a manera de excepción de fondo, ineptitud de la demanda, por cuanto no contiene ella concepto alguno respecto a la aducida violación del Decreto 1660 de 1978. Agrega que su mandante reúne las condiciones constitucionales exigidas para ser Procurador General de la Nación, pues además de ser colombiano de nacimiento, mayor de treinta y cinco años, ciudadano en ejercicio y abogado titulado, ha ejercido dicha profesión con buen crédito por cerca de quince años, a partir de 1970, con ligeras interrupciones mientras ocupó "...por un breve período, entre finales de 1976 y comienzos de 1977..." el cargo de Secretario de Educación del Departamento de Santander (fl. 46 fte.). Que la prueba de ese ejercicio profesional, por el tiempo y con las calidades dichas, la adujo el doctor Serpa Uribe ante la honorable Cámara de Representantes, para solicitar y obtener la confirmación de su elección como Procurador General de la Nación;

b) El mismo apoderado, en el proceso radicado al número 0213 también se opuso a las súplicas de la demanda, que estimó apoyadas en "...apreciaciones subjetivas, citas de los periódicos y comentarios personales que, en mi opinión, no explican razonadamente el concepto de la violación, conforme lo exige la técnica procesal administrativa..." (fl. 78 fte.).

Y como acervo probatorio se limitó a solicitar el traslado de los medios de convicción practicados en el otro proceso adelantado contra la elección de su mandante, el radicado al número E-0202. Es de

anotar que en el segundo de los procesos, o sea, el 0213, solicitó el actor la suspensión provisional del acto demandado, la que fue denegada en Sala Unitaria, por estimar el Magistrado ponente que no se podía percibir, a través de una sencilla comparación de aquél con las previsiones constitucionales y legales pretensamente infringidas, como tampoco del examen de las pruebas aportadas con el libelo demandatorio, manifiesta violación de norma superior.

III. *De las pruebas allegadas.*

A) En el proceso 0202, a la demanda se acompañó un ejemplar de los "Anales del Congreso" correspondiente al número 67, año XXXI, del martes 23 de agosto de 1988, contentivo del acta de la sesión de la honorable Cámara de Representantes del miércoles 10 del mismo mes y año, en la que se produjo la elección del doctor Horacio Serpa Uribe como Procurador General de la Nación. Pero como también se requirió la prueba de la confirmación de esa elección, dentro del término fijado por el Magistrado conductor del proceso se allegó ejemplar de los "Anales del Congreso" correspondiente al número 75, año XXXI, del marte 30 de agosto, donde se publica el acta de la sesión verificada por la Cámara de Representantes el martes 23 de los citados mes y año, en la que se aprobó la proposición número 39, presentada por la comisión incidental comisionada para el examen de la documentación allegada por el doctor Serpa Uribe para la confirmación de su elección.

En el término probatorio se anexó a los autos el siguiente bagaje:

a) Certificación de fecha diciembre 7 de 1988, mediante la cual el señor Presidente de esta Corporación hace saber que el doctor Horacio Serpa Uribe no ha sido Consejero de Estado ni Magistrado de Tribunal Administrativo (fl. 88 fte.);

b) Oficio de fecha diciembre 9 de 1988, por el cual el señor Secretario General de la honorable Cámara de Representantes remitió sendos ejemplares de los "Anales del Congreso", correspondientes a los números 53, 55, 67 y 75 de 1988, contentivos de las actas de sesiones de esa Corporación donde se publica la proposición que fijó fecha para la elección de Procurador General de la Nación, el orden del día para la sesión de 10 de agosto de 1988, que incluye lo relacionado con la elección de dicho funcionario, el acta de la sesión ordinaria de 10 de agosto citado, en la que se efectuó la elección, y el acta correspondiente a la sesión de la honorable Cámara de 23 de agosto de 1988, en la que se produjo su confirmación (fls. 105 a 129);

c) Oficio número 15195, de 15 de diciembre de 198, por el que la Secretaría General de la Presidencia de la República remitió, a esta Corporación, copia auténtica de la comunicación de 1º de agosto de

1988, con la cual el señor Presidente y el señor Ministro de Justicia sometieron a consideración de la honorable Cámara de Representantes la terna de candidatos a Procurador General de la Nación; también copia auténtica del acta de posesión en dicho cargo, en propiedad, del doctor Horacio Serpa Uribe, efectuada el 31 de agosto de 1988 (fls. 147 a 149);

d) En copias autenticadas por el Secretario de la Sección y trasladadas del proceso E-146, por disponerlo así los numerales 5 y 6, literal B) del auto de veintiocho de octubre de 1988 (fls. 50 a 53), declaraciones juradas de los abogados Alvaro Carvajal Vecino y Laurentino España Arenas, quienes manifiestan conocer al doctor Serpa Uribe desde hace 20 años y que éste ha ejercido con buen crédito, pues no ha sido sancionado disciplinariamente, la profesión de abogado durante quince (15) años, por lo menos. Esos asertos resultan enteramente creíbles, por cuanto los declarantes suministran razones de sus dichos, entre otras, la de compartir el segundo oficina profesional con el doctor Serpa Uribe en Barrancabermeja; haber sido contrapartes en numerosos negocios; ser los tres vecinos de esa ciudad y, el primero, vicepresidente del Colegio de Abogados del mencionado municipio. También, Acta de Grado número 15, por la que la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico confirió el título de doctor en Derecho a su egresado Horacio Serpa Uribe; certificación del Jefe de la Oficina de Registro Nacional de Abogados del Ministerio de Justicia, según la cual el demandado es poseedor de la tarjeta profesional número 1326, vigente; y auto de Sala Plena del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, fechado a 19 de junio de 1986, recibiendo como abogado al doctor Horacio Serpa Uribe y autorizándolo para ejercer esa profesión en todo el territorio nacional (fls. 168 a 175);

e) Declaración de parte, en la que el demandado manifiesta, bajo la gravedad del juramento, no haber sido Fiscal del Tribunal Superior, Procurador Delegado, ni Procurador General de la Nación, antes de ser nombrado en interinidad para ese cargo por el señor Presidente de la República. También, que a partir de agosto de 1970 "...tan pronto como asumió la Presidencia de la República el doctor Pastrana..." ejerció la profesión de abogado por no menos de quince años, apenas interrumpido ese ejercicio "...tal vez un poco menos de un año cuando en 1976..." desempeñó el cargo de Secretario de Educación del Departamento de Santander. Precisa aún más: "...exceptuando el desempeño del cargo de Secretario de Educación del Departamento de Santander, que desempeñé durante más o menos once (11) meses, todos los demás —empleos oficiales, aclara la Sección— fueron atendidos antes del mes de agosto de 1970...". E inquirido acerca de su desempeño como Director Administrativo Seccional de la Federación Nacional de Comerciantes, FENALCO, en Barrancabermeja, por tiempo completo ... ... estado vinculado a esas entidades de Derecho Privado sin dejar de ejercer la abogacía, por cuanto los

servicios que a ellas prestó se limitaban a algunas horas diarias y, más aún, porque su función allí era la de cobrar, mediante procesos ejecutivos, obligaciones a favor de los comerciantes afiliados a FENALCO. Que el resto del día lo ocupaba atendiendo su propia oficina de abogado.

Negó haber sido Diputado a la Asamblea de su Departamento pero, en cambio, que sí fue elegido representante suplente a la honorable Cámara en 1974; representante principal en 1978 y 1982 y senador principal, siempre por su departamento de origen, en 1986, no dejando por ello de ejercer la abogacía, "...con las limitaciones de ley, que no tuvieron nunca incidencia mayor en mis labores profesionales, que fundamentalmente estuvieron dedicadas a la Rama Penal...", agregando, "aun cuando en la medida en que crecían mis compromisos políticos iba disminuyendo mi participación en el ejercicio profesional...". Requerido, finalmente, para que, con la mayor precisión, señalara el tiempo durante el cual ejerció su profesión de abogado antes de ser designado Procurador General de la Nación, dijo: "...Con la mayor claridad y precisión y también con la más absoluta seguridad manifiesto que desde 1970 hasta el año de 1988, cuando fuí designado Procurador interino, salvo el período durante el cual me desempeñé como Secretario de Educación de Santander, nunca dejé de ejercer como abogado, si bien en algunas épocas lo hice con mayor dedicación que en otras..." (fls. 231 a 235).

f) Certificaciones expedidas por Juzgados con sede en Barrancabermeja, civiles y penales, así como por el Unico Laboral del Circuito de ese lugar, dando cuenta de la intensa actividad profesional desplegada por el demandado desde septiembre de 1970 hasta mayo de 1988 (Juzgado Laboral del Circuito, fl. 204). De toda la profusa información contenida en esos documentos, resulta bastante a acreditar que el doctor Horacio Serpa Uribe ejerció por más de diez años la abogacía en el círculo judicial en mención, la suministrada por los siguientes despachos:

—El Juzgado Segundo Civil del Circuito, que da cuenta de la múltiple gestión profesional adelantada allí por el demandado en los años, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981 y 1982, siendo un poco menor esa actividad en los años de 1976, 1983 y 1984 (fls. 135 a 138).

—El Juzgado Primero Civil Municipal, ante el que litigó el doctor Serpa Uribe desde el 9 de septiempre de 1970 hasta el 16 de febrero de 1976 y desde el 12 de marzo de 1977 hasta el 12 de enero de 1979 (fls. 140 a 146).

—El Juzgado Tercero Civil Municipal, donde litigó desde el 15 de septiembre de 1970 hasta el 12 de noviembre de 1975 y de 9 de noviembre de 1976 hasta el 3 de julio de 1981 (fl. 139).

—Es el Juzgado Segundo Penal del Circuito el que suministra la más completa información al respecto, por cuanto allí el doctor Serpa Uribe apoderó incriminados o representó a la parte civil en numerosos procesos. Esa actuación es certificada desde el 9 de diciembre de 1970 hasta el 22 de julio de 1986 (fls. 154 a 162).

—El Juzgado Quinto Civil Municipal da cuenta de la actuación profesional del demandado desde el 9 de mayo de 1980 hasta el 23 de octubre de 1987 (fl. 164).

—El Juzgado Primero Civil del Circuito la relaciona desde el 8 de septiembre de 1970 hasta el 10 de diciembre de 1975; desde el 6 de diciembre de 1976 hasta el 22 de julio de 1982 y desde el 19 de febrero de 1983 hasta el 23 de febrero de 1987 (fls. 205 a 210).

—El Juzgado Quinto Penal Municipal certifica la actuación profesional del doctor Serpa desde el 20 de junio de 1974 hasta el 22 de octubre de 1984 (fls. 103 y 104).

—Y el Juzgado Unico Laboral del Circuito la certifica para los años 1974, 1975, 1977, 1978, 1980 y 1981, y de 4 de marzo de 1987 al 10 de mayo de 1988 (fls. 203 y 204).

—Otros Despachos Judiciales, con sede en Barrancabermeja, relacionan actividades profesionales del doctor Horacio Serpa Uribe, así: Los Juzgados Octavo y Noveno Superiores desde noviembre de 1976 hasta julio de 1986 (fls. 92 a 96). El Tercero Penal del Circuito, desde noviembre de 1970 hasta marzo de 1985 (fl. 97); el Segundo Penal Municipal, desde 1973 hasta 1985, con la aclaración de que no hubo actuación profesional del doctor Serpa Uribe durante el año 1986 (fls. 99 a 101). El Cuarto Penal del Circuito desde octubre de 1970 hasta junio 15 de 1975 y desde el 21 de febrero de 1977 hasta el 13 de agosto de 1984 (fls. 133 y 134). El Quinto Penal del Circuito, desde octubre de 1970 hasta mayo de 1987 (fls. 179 a 183). Y otros más, que estima el Despacho innecesario relacionar para efecto de la demostración pretendida por el demandado, cual es la de que ejerció la abogacía, más de diez años, con anterioridad a su posesión como Procurador General de la Nación, interino, designación que le hizo el señor Presidente de la República mediante Decreto 616 de abril 7 de 1988.

B) En el proceso 0213 militan como prueba los siguientes elementos de convicción:

1. La demanda se acompañó con sendos ejemplares de los "Anales del Congreso" correspondientes a los números 53, 55 y 67 del año XXXI, fechados a 9, 10 y 23 de agosto de 1988, respectivamente.

El primero publica la sesión de la honorable Cámara de Representantes de 2 de agosto del año mencionado, en la que fue aprobada la proposición número 18 que fijó la sesión de 10 de agosto para

elegir Procurador General de la Nación de la terna enviada por el señor Presidente de la República; el segundo, el orden del día para la sesión de 10 de agosto de 1988 de la precitada Corporación Legislativa, que incluyó como punto V) del temario "Elección del Procurador General de la Nación", y el tercero, el acta de la sesión de 10 de agosto aludido, durante la cual la honorable Cámara eligió al doctor Horacio Serpa Uribe Procurador General de la Nación, por 134 votos afirmativos, un voto por el doctor Eduardo Fierro Manrique y 41 votos en blanco, siendo *ciento setenta y seis* el total de los depositados, igual al del número de sufragantes. Y preguntada la Cámara si declaraba legalmente elegido al doctor Serpa Uribe para el cargo en mención y por el resto del período 1986-1990 "...contestan afirmativamente..." (sic).

También, autenticadas por las secciones administrativas de los respectivos periódicos:

a) Las páginas 5-A, 6-A, 11-A y 12-A de la edición de El Espectador del jueves 11 de agosto de 1988;

b) Las páginas 1-C, 2-C, 7-C y última C de la edición de El Tiempo del jueves 11 de agosto de 1988;

c) Las páginas 5-A, 6-A, 11-A y 12-A de la edición de El Espectador del miércoles 10 de agosto de 1988;

d) Las páginas 5-A, 6-A, 7-A y 8-A de la edición de El Tiempo correspondiente al miércoles 10 de agosto de 1988;

e) Las páginas 5-A y 6-A de la edición de El Espectador del martes 9 de agosto de 1988;

f) Las páginas 9, 10, una sin número y 24 de la edición de La Prensa, correspondiente al jueves 4 de agosto de 1988;

g) Las páginas 5-A, 6-A, 7-A y 8-A de la edición de El Tiempo, correspondiente al miércoles 3 de agosto de 1988;

h) Las páginas 5-A, 6-A, 11-A y 12-A de la edición de El Espectador de 9 de junio de 1988;

i) Las páginas 12-A, 13-A y 14-A de la edición de El Espectador del domingo 17 de abril de 1988;

j) Las páginas 5-A y 6-A de la edición de El Espectador del lunes 11 de abril de 1988;

k) Las páginas 7-A, 8-A, 9-A y 10-A de El Espectador del domingo 10 de abril de 1988;

l) Las páginas 7-A, 8-A, 9-A y 10-A de El Espectador del viernes 8 de abril de 1988;

ll) Las páginas 1, 2-A, 15-A y última A de la edición de El Tiempo, correspondiente al viernes 8 de abril de 1988.

E, igualmente, los siguientes documentos:

a) Copia no auténtica, en cuatro folios, de nómina del honorable Senado de la República correspondiente al mes de marzo de 1988;

b) Copia auténtica del Decreto 616 de 7 de abril de 1988, por el que fue nombrado el doctor Horacio Serpa Uribe Procurador General de la Nación, en interinidad;

c) Copia auténtica de oficio fechado a 1º de agosto de 1988, por el que el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Justicia someten a consideración de la honorable Cámara de Representantes la terna de candidatos para la elección de Procurador General de la Nación;

d) La fotocopia no auténtica de un recibo de dietas y gastos de representación a nombre de Horacio Serpa Uribe; y

e) Copia auténtica de oficio fechado a 23 de agosto de 1988, por el que una Comisión de Representantes a la Cámara rinden informe favorable a la confirmación de la elección del doctor Horacio Serpa Uribe como Procurador General de la Nación, proponiendo moción en ese sentido determinada con el número 39 (fl. 48).

2. En el período probatorio fueron aportados los siguientes documentos:

a) La Presidencia del honorable Consejo de Estado certifica que el doctor Horacio Serpa Uribe no ha sido miembro de esta Corporación, ni Magistrado de Tribunal Administrativo;

b) Un ejemplar de Anales del Congreso correspondiente al número 75, de septiembre 16 de 1988, remitido por el secretario privado de la Presidencia de la Cámara de Representantes afirmando, equivocadamente, que en él se contiene "...todo lo relacionado con la elección del doctor Horacio Serpa Uribe como Procurador General de la Nación..." (fls. 93 a 97);

c) Oficio número 002, de enero 13 de 1989, en cuya virtud el Secretario de la honorable Corte Suprema de Justicia comunica que el doctor Horacio Serpa Uribe no ha desempeñado las funciones de Magistrado, en propiedad, de esa Corporación, ni de Tribunal Superior (fl. 100);

d) Oficio número 15196, de diciembre 1º de 1988, con el cual el Secretario General de la Presidencia de la República remite copia del acta de posesión del doctor Serpa Uribe como Procurador General de la Nación (fls. 101 y 102);

e) Diligencia de interrogatorio de parte, en la que por no haber concurrido el demandado a absolver el cuestionario propuesto por el actor, se dispuso tener esa no comparecencia como indicio en su contra;

f) Oficio de fecha marzo 29 del año en curso, con el que el señor Secretario Privado de la Presidencia de la Cámara de Representantes envió sendos ejemplares, autenticados, de los "Anales del Congreso" correspondientes a los números 67 y 75, de 23 y 30 de agosto de 1988, respectivamente, contentivos de las actas de las sesiones de la honorable Cámara de Representantes en las que se eligió y se confirmó la elección del doctor Serpa Uribe como Procurador General de la Nación. También, copia auténtica del oficio SGR-127, fechado a 23 de agosto de 1988, mediante el cual se transcribió al señor Presidente de la República la proposición de confirmación del doctor Serpa Uribe en el cargo dicho (fls. 115 a 131).

IV. *Término para alegar.*

Del mismo sólo hizo uso, en oportunidad, el señor apoderado del demandado, para reiterar sus argumentos de la contestación de la demanda, transcribir apartes de sentencia de esta Sección Quinta y sostener que la afirmación atinente al no ejercicio profesional de su patrocinado, por diez años a lo menos, riñe totalmente con la realidad acreditada con las certificaciones de los jueces de Barrancabermeja.

El actor en el proceso 0202, señor Alfredo Castaño Martínez, formuló alegato extemporáneamente.

V. *Concepto del Ministerio Público.*

El señor Fiscal Séptimo de la Corporación emitió concepto que comparte la Sección, toda vez que por su claridad y precisión es bastante a refutar la alegada violación de normas constitucionales y legales, por la elección y confirmación del doctor Horacio Serpa Uribe como Procurador General de la Nación.

Por ser concluyente, en orden a desestimar las pretensiones de los actores, conviene transcribir la parte fundamental del aludido concepto, así:

> "Consideraciones de la Fiscalía: Como el caso no ofrece especiales dificultades jurídicas ni probatorias, la Fiscalía se limitará a resaltar brevemente algunos puntos que pueden servir para la decisión final:
>
> "1ª Ya la Sección Quinta del Consejo de Estado tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la integral constitucionalidad y legalidad del acto de nombramiento de Procurador General interino por parte del Presidente de la República. Redunda, pues, cualquier argumentación sobre el particular, bien en cuanto se refiere al ceñimiento a derecho del respectivo decreto de nombramiento, bien en cuanto a la inexistencia de inhabilidad alguna para que los congresistas puedan ser designados para el empleo de Procurador en interinidad (por el Presidente) o en propiedad (por la Cámara de Representantes). Sobre el particular basta con remitirse a la sentencia de 17 de febrero de 1989 en la que la Sala, con

ponencia del honorable Consejero doctor Euclides Londoño Cardona, y previo concepto en igual sentido de esta Fiscalía, rechazó las pretensiones de anulación del Decreto 616 de abril 7 de 1988.

"2ª En mi concepto, el fallo que acaba de mentarse no sólo se refiere al argumento de que los congresistas no están inhabilitados constitucionalmente para desempeñar el cargo de Procurador, y el Presidente sí puede hacer en interinidad esa designación en receso de la Cámara y mientras ésta se reúne, sino que abarca igualmente la consideración de que el doctor Serpa Uribe sí reunía los requisitos constitucionales para ser elegido para dicho cargo y desempeñarlo. Basta, para probarlo, con señalar que el aludido fallo de la Sección Quinta incluye en sus motivaciones el examen del argumento del demandante del juicio E-146, en el que fue actor precisamente el mismo ciudadano Alfredo Castaño Martínez (uno de los demandantes en los juicios acumulados que ahora se deciden, en el sentido de que 'el nombramiento del doctor Serpa Uribe también fue violatorio del artículo 150 de la Carta porque no reúne los requisitos constitucionales para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia' pág. 4 del fallo en referencia). Allí se expresa igualmente que:

" 'Las contestaciones (de las demandas) han destacado igualmente que el doctor Serpa Uribe sí reúne los requisitos constitucionales y legales para desempeñarse como Procurador General, pues es colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y abogado titulado, tiene más de 35 años de edad y ha ejercido con buen crédito y por más de 15 años la profesión de abogado" (pág. 8 del mismo folio).

"Estas motivaciones se reiteran cuando la Sala, un poco más adelante, acepta en sus considerandos las consideraciones e) y f) de la precedente vista fiscal, que pone de relieve precisamente tales circunstancias (pág. 11).

"3ª Con todo, al proceso 0213 no sólo se aportaron como pruebas las declaraciones de los abogados Alvaro Carvajal Vecino y Laurentino España Arenas sobre el ejercicio profesional constante y acreditado del doctor Serpa en Barrancabermeja, sino que se allegaron múltiples certificaciones de despachos judiciales en las que consta, con especificación de fechas, partes y procedimiento, que el doctor Serpa intervino como apoderado en muchísimos procesos penales y civiles a partir de 1970. Es esto mismo lo que expuso el Exprocurador Serpa al responder a las preguntas del interrogatorio de parte al que fue sometido, en el que manifiesta que ese tiempo de ejercicio profesional sólo se vio interrumpido durante los pocos meses en que desempeñó un cargo público adminis-

trativo, pues la calidad de congresista no es incompatible con tal ejercicio (salvo en negocios contra la Nación, que él nunca llevó).

"4ª Si no hay lugar a examinar de nuevo la juridicidad del nombramiento del doctor Serpa como Procurador General interino por parte del Presidente de la República, porque esto ya fue decidido en causa contenciosa anterior; si la calidad de congresista no inhabilita jurídicamente para ser designado o elegido Procurador; si en el proceso de nombramiento del doctor Serpa como Procurador General en propiedad no se observa vicio alguno substancial o formal; si, en fin, el doctor Serpa sí reúne con creces los requisitos constitucionales y legales para ocupar dicho cargo —pues ha ejercido por más de diez años y con buen crédito la profesión de abogado, y por cierto con bastante constancia e intensidad—, entonces las pretensiones de las demandas de que se trata no poseen ni pueden poseer vocación de prosperidad y deben ser desechadas.

"Conclusión:

"De consiguiente, en forma comedida solicito de la Sala que se nieguen las súplicas de las demandas" (Sic, fls. 265 a 268 del E-0202).

Consideraciones:

El artículo 1º del Decreto 2241 de 1986, actual Código Electoral, consagra como principio orientador, en la interpretación y aplicación de las leyes de la materia, el de la capacidad electoral, estatuyendo que "todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que le limite su derecho. En consecuencia, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida...".

Atiende la norma transcrita a lo que la jurisprudencia y la doctrina distinguen como capacidades electorales activa y pasiva, entendidas como el derecho a elegir y a ser elegido. La primera es atributo de todos los ciudadanos (art. 171 de la Constitución), estimando por tales a "...los colombianos mayores de 18 años..." que no hayan perdido la nacionalidad, pero que tampoco hayan perdido o se les haya suspendido la ciudadanía "...en virtud de decisión judicial, en los casos que determinen las leyes..." (art. 14 de la C. N.).

El derecho a ser elegido a la elegibilidad, en cambio, es la situación de quienes reúnen las condiciones constitucionales y legales para acceder, mediante elección, a determinadas funciones o cargos oficiales, no coincidiendo con la capacidad electoral activa, por cuanto

requiere del candidato condiciones suplementarias establecidas por el derecho positivo. Además de ciudadano en ejercicio, "...condición previa, indispensable para elegir y ser elegido y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción..." (art. 15 de la C. N.), atañen ellas, en primer lugar, a calidades positivas, como la edad, en algunos casos la nacionalidad por nacimiento, la capacidad y mérito, el haber desempeñado por cierto término determinados empleos públicos del orden nacional y, en algunos casos muy especiales, como ocurre respecto de los candidatos a alcaldes, haber nacido o haber sido vecino del respectivo municipio o área metropolitana durante el año anterior a la fecha de su inscripción como candidato, o durante un período de tres años consecutivos en cualquier época.

Pero también atiende esa capacidad electoral pasiva a limitaciones específicas ligadas a la profesión, actividades o funciones ejercidas por el candidato. Estas limitaciones están instituidas como causales de inhabilidad, concepto más comprensivo que el de inelegibilidad, por cuanto se extiende a la incapacidad para ser elegido o nombrado para determinada función o empleo oficial.

Como es fácilmente comprensible, las condiciones de elegibilidad y las causales de inhabilidad electoral varían "...siguiendo las necesidades técnicas y políticas de cada tipo de elección..." (Derecho Electoral. Jean - Claude Masclet, Impresos Universitarios Franceses, 1ª edición, pág. 71). Su régimen jurídico debe obedecer, no obstante, a algunos principios comunes, como el de que sólo pueden ser consagradas mediante precepto legal que, además, debe ser de interpretación restrictiva y no extensiva o analógica.

Para el cargo de Procurador General de la Nación las condiciones de elegibilidad son las mismas que se exigen para ser Magistrado de la honorable Corte Suprema de Justicia, por disponerlo así el artículo 144 de la Constitución Nacional. Esas calidades están determinadas en el artículo 150 de la Carta Política, que a la letra dice:

> "Artículo 150. Para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de treinta y cinco años de edad y ser abogado titulado; y además, haber sido Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en propiedad, o Magistrado de alguno de los Tribunales Superiores de distrito por un período no menor de cuatro años, o Fiscal de Tribunal Superior por el mismo tiempo; o Procurador General de la Nación por tres años; o Procurador Delegado por cuatro; o Consejero de Estado por el mismo período; o haber ejercido con buen crédito por diez años a lo menos la profesión de abogado o el profesorado en jurisprudencia en algún establecimiento público (Acto legislativo número 1 de 1947, art. 1º)".

Ahora bien: Con miras a obtener la confirmación de su elección como Procurador General de la Nación, que le hizo la honorable Cámara de Representantes en sesión de 10 de agosto de 1988 con fundamento en terna enviada por el señor Presidente de la República mediante oficio del 1º de los mismos mes y año, el doctor Horacio Serpa Uribe hizo valer ante esa Corporación prueba suficiente a acreditar sus calidades de colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta y cinco años. Además, la de ser abogado titulado, con tarjeta profesional vigente, pues no registra antecedentes penales ni disciplinarios; el ejercicio de esa profesión por más de diez años con buen crédito y declaración jurada sobre ausencia de inhabilidades e impedimentos para desempeñar el aludido cargo. Así consta en acta de la sesión de la honorable Cámara de Representantes del martes 23 de agosto de 1988 (Págs. 4 y 5 del número 75, año XXXI, de "Anales del Congreso", glosado a los autos del folio 122 a 129 del E-0202), elementos de convicción que analizados por la Comisión Incidental designada para su estudio condujeron a la aprobación de la proposición número 39, por la que se confirmó la elección.

No obstante, fundamentalmente el actor en el proceso 0202, señor Alfredo Castaño Martínez, y tangencialmente el señor Víctor Velásquez Reyes en el proceso 0213, tachan de nulo ese acto electoral, aseverando que el doctor Horacio Serpa Uribe no reúne las condiciones para el cargo de Procurador General de la Nación por cuanto, no habiendo desempeñado cargo alguno nacional de los determinados en el artículo 150 de la Constitución, sólo le quedaba la posibilidad de acreditar el ejercicio de la profesión de agobado por diez años a lo menos, con buen crédito, o el profesorado en jurisprudencia durante el mismo término en algún establecimiento público.

Y que siendo así que de esas posibilidades solamente hizo uso de la relacionada con el ejercicio de la profesión de abogado, la prueba allegada al efecto es insuficiente para demostrar ese ejercicio profesional "...por diez años a lo menos...", toda vez que el doctor Serpa Uribe desempeñó, a partir de la obtención de su título de abogado numerosos cargos judiciales, administrativos y en el campo de la actividad privada comercial, fuera de ser parlamentario muy activo desde 1974, cuando por primera vez fue elegido representante a la Cámara, por lo que resultaría imposible que hubiera ejercido la abogacía por un mínimo de diez años.

Frente a ese planteamiento obra prueba tendiente a demostrar el ejercicio profesional cuestionado por el término y con la calidad exigida, constituida por las declaraciones juramentadas de los abogados Alvaro Carvajal Vecino y Laurentino España Arenas (fls. 168 y 169, proceso 0202), testimonios de plena credibilidad por cuanto, de una parte, los declarantes no fueron tachados ni se los consideró sospechosos, y, en cambio, sus dichos son responsivos por concordar en aspectos circunstanciales relevantes de lugar, tiempo y modo de la percepción del ejercicio profesional que aseveran. Por lo demás, nadie

ha denunciado por falso testimonio a los declarantes, razón de más para estimar plenamente creíbles esos dichos.

Pero si ello no bastara, en favor de la comprobación exigida obran numerosas certificaciones expedidas por Juzgados de Barrancabermeja, que no sólo acreditan lo atañedero al tiempo, mayor de diez años, durante el que el doctor Serpa Uribe ejerció su profesión antes de ser Procurador General de la Nación, sino la abundante actividad profesional del demandado.

No sobra anotar, que la circunstancia de ser miembro del Congreso de la República, a partir de 1974, no empece al reconocimiento del ejercicio profesional del doctor Serpa Uribe por el lapso dicho, habida cuenta que la Ley 11 de 1973 expresamente autoriza para que actúen los parlamentarios "desde el momento de su elección y hasta cuando pierdan su investidura por vencimiento del período para el cual fueron elegidos..." "d)...en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público...", excepción hecha de aquéllos que afecten intereses fiscales o económicos de las entidades públicas, que no es el caso de los procesos asistidos por el doctor Serpa Uribe. De otra parte, las facilidades de comunicación y transporte generadas por la moderna tecnología permiten superar los inconvenientes que para el ejercicio profesional pueden originarse en la permanencia del abogado, durante algunos días de la semana, en lugar distinto al del correspondiente despacho judicial. Hoy por hoy, con el auxilio del transporte aéreo y de la electrónica en las comunicaciones nada es distante y todos somos prójimos, en el sentido de estar próximos los unos a los otros. Por ello no requería el doctor Serpa Uribe del don de la ubicuidad, exclusivo del Espíritu Santo según los teólogos, para que atendiendo sus obligaciones de parlamentario pudieran también cuidar de los procesos a él confiados.

Nada cabe agregar respecto de la demanda formulada por el señor Alfredo Castaño Martínez por cuanto a pesar de que adujo, además de las normas constitucionales ya dichas, los artículos 144 y 150, la infracción de varias disposiciones del Decreto 1660 de 1978, "...estatuto de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal...", lo cierto es que por ese aspecto el actor omitió consignar el concepto de la violación.

Siendo la jurisdicción contencioso administrativa por esencia rogada, no le es dable al juzgador suplir las omisiones del demandante, pronunciándose acerca de cuestiones no propuestas. Así se desprende de la norma del artículo 170 del C. C. A., en cuanto dispone que la sentencia "...analizará los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis resolverá las peticiones...", lo que en sentido contrario equivale a decir que no dándose "los

argumentos de las partes", que se entiende deben ser los planteamientos del concepto de la violación contenidos en la demanda, ningún pronunciamiento puede hacer el juzgador al respecto.

Y en lo que atañe al meollo de la acusación contenida en el libelo del señor Víctor Velásquez Reyes, quien impugna la elección del doctor Serpa Uribe para el cargo de Procurador General de la Nación porque, en su concepto, allí no hubo verdadera elección sino mera ratificación, de la inválida designación que había hecho meses antes el señor Presidente de la República a dicho honorable Senador para el mismo cargo, basta decir que la Sala ya decidió de la cuestión en sentencia de la que fue ponente el honorable Consejero de Estado Euclides Londoño Cardona. En efecto, como se adujo que el aludido nombramiento desconoció la incompatibilidad establecida en el artículo 109 de la Constitución Nacional para los parlamentarios principales, durante el período de las funciones de éstos, y los suplentes cuando estén ejerciendo el cargo, incompatibilidad que tiene vigencia "...durante el período constitucional respectivo..." y que se mantendrá por un año después de aceptada, de darse, la renuncia del congresista o diputado, según la previsión del artículo 112 *ibídem*, en la aludida providencia se consideró, transcribiendo apartes del concepto del señor Fiscal Séptimo Colaborador, que:

> "4ª La Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República conferir a los Congresistas en ejercicio ciertos empleos de la Rama Ejecutiva (art. 109).
>
> "La norma se refiere, y no podría ser de otra manera, a las provisiones que corresponden al Presidente por la naturaleza de su oficio, es decir, como funciones propias y específicas de su cargo. Dicha prohibición no opera cuando el Presidente, como suprema autoridad administrativa, obra en suplencia de otras autoridades, en los casos en que la Constitución o la ley lo autorizan a reemplazarlas en las situaciones especiales en que no pueden ejercer o cumplir sus funciones (administrativas).
>
> "Esto es lo que ocurre con los empleos que el Congreso debe proveer y mientras el mismo no esté sesionando.
>
> "Cuando el Presidente provee por otra autoridad de la República, las reglas especiales que se aplican son las que reglamentan la provisión del respectivo empleo por esa autoridad, más las que atribuyen a aquél la facultad de decidir por élla (sic) en ciertos casos, pero no las generales que regulan el ejercicio de las funciones propias, directas o (naturales) del Presidente. Por tanto, cuando el Presidente provee en interinidad un cargo que corresponde proveer al Congreso, actúa jurídicamente por éste y puede hacer la

selección del empleado en los mismos términos que podría hacerla el nominador.

"Si para la Cámara no rigen las prohibiciones o restricciones relativas a los nombramientos del Presidente de la Rama Ejecutiva, tampoco pueden éstas tener vigencia cuando el último actúa en lugar suyo y mientras la corporación puede elegir en propiedad. Por esto, pues, el artículo 109 de la C. N. no se aplica a los nombramientos que en interinidad haga el Presidente, en receso del Congreso, de empleos cuya provisión incumbe a éste o a culquiera de sus Cámaras. Al actuar, como en este caso, en suplencia de la Cámara, el Presidente no tiene para nombrar más restricciones que las que tendría la propia Cámara, descontando desde luego que el nombramiento es en interinidad y no en propiedad y que sólo rige mientras la corporación puede efectuar la provisión en propiedad.

"5ª Ni la Constitución ni la ley establecen incompatibilidad entre los cargos de congresista y de Procurador General de la Nación. Este último cargo no aparece ni podría aparecer entre las excepciones del artículo 109 de la Constitución sencillamente porque el Procurador no debe ser nombrado por el Presidente sino por la Cámara y, no pudiendo ésta hacerlo, por el propio Presidente en lugar de élla (sic). Las incompatibilidades para el desempeño de cargos públicos son de derecho estricto y no pueden por ello ser ampliadas por el intérprete. También las prohibiciones lo son, y justo por esto la del artículo 109 citado no puede extenderse a los nombramientos que corresponden a la Cámara (o al Presidente en su lugar cuando élla —sic— no está en sesiones), teniendo que limitarse a los que incumben por derecho propio al Presidente en su calidad de tal.

"6ª Al nominar para Procurador General, el Presidente puede incluir nombres de congresistas en ejercicio (principales o suplentes), pues ninguna norma se le prohíbe, como tampoco le prohíbe a la Cámara nombrar a una de tales personas. Lo propio puede hacer el Presidente cuando provee en interinidad ese cargo en suplencia de la Cámara.

"Si entre ambas autoridades pueden nombrar o elegir como Procurador a un congresista, no se ve por qué no pueda hacerlo el Presidente en los casos excepcionales en que la ley concreta en su cabeza, transitoriamente, el poder de ambas.

"7ª De otra parte, la consecuencia jurídica de que un Senador en ejercicio acepte uno de los empleos del artículo 109 de la C. N. es la de que se produce transitoriamente la

vacancia en su senaturía. La Constitución no prevé en este evento la sanción de nulidad y sabido es que las nulidades tienen que ser expresas y son de interpretación estricta. Es al respecto llamativo —y confirmativo—, como destaca una de las providencias que negó la suspensión provisional del acto acusado, que la redacción anterior del texto constitucional (1936) previera la nulidad como sanción en tal supuesto y que esta parte no aparezca en el texto vigente (que proviene de 1968). Este es, sin embargo, un argumento secundario, de los que simplemente se usa a mayor abundamiento, pues lo correcto es apreciar que en tal situación no rigen las prohibiciones del artículo 109.

"8ª El argumento de la costumbre, aducido por alguno de los actores, no ofrece consistencia jurídica. No sólo es muy reducido —si acaso existe— el campo de la costumbre integradora en el derecho administrativo, sino que no se probó práctica alguna de la que pudiera surgir la pretensión normativa de que el Procurador General sea siempre del partido político contrario al del Presidente de la República. Los acuerdos políticos de los partidos no son ley, ni las prácticas de un partido generan derecho. De ser así, la hegemonía no tendría límites de legitimación y el derecho positivo escrito no engendraría mayor seguridad jurídica. Tampoco se transforma en derecho positivo el ejercicio uniforme de los poderes discrecionales del Gobierno, pues de hacerlo se perdería el concepto mismo de discrecionalidad, que precisamente se opone al de costumbre obligatoria porque es el desarrollo constante de cierta libertad dentro del marco del derecho escrito (Sic. Sentencia de fecha 17 de febrero de 1989. Expedientes acumulados números E-146, E-147, E-148, E-150, E-151 y E-159).

Los restantes argumentos, que complementan la tesis principal del libelo demandatorio, como el de que la aceptación del nombramiento de Procurador, que le hizo el señor Presidente de la República, fue condicionado por el doctor Serpa Uribe a su inclusión como único candidato en la terna que habría de enviarse a la honorable Cámara para elegir en propiedad, pues que los dos restantes serían "...mera mención..." para dar apariencia de cumplimiento del deber constitucional, y el de que todos los estamentos de la administración pública participaron "...para favorecer al Senador Serpa en su aspiración y compromiso adquirido al permutar su curul por la Procuraduría...", no pasan de ser meras suposiciones, con base en titulares y comentarios de prensa que carecen de todo valor demostrativo. Además, no cabría tener tales afirmaciones como el enunciado de hechos notorios, de aquéllos que no requieren demostración al tenor de lo previsto en el artículo 177 del C. de P. C. (aplicable de conformidad a la remisión general que a ese estatuto hace el artículo 267 del C. C. A.), por cuanto

enviar la terna de candidatos a la honorable Cámara y acordarse la mayoría de los miembros de esa Corporación en la elección de determinado candidato constituyen actuaciones de gran implicación jurídica y política pero cuyo conocimiento es restringido, del exclusivo resorte del Presidente de la República y el señor Ministro de Justicia, la primera, y de los Representantes y sus directivas políticas la segunda, al punto de no podérselas estimar investidas de la condición de públicas y sabidas de todos, propias de lo notorio. Por ello, entonces, los comentarios de prensa aducidos podrían, cuando más, constituirse en prueba contra sus autores o las directivas del periódico, de que consignaron los asertos aludidos en un medio eficaz para divulgar el pensamiento, pero en modo alguno en comprobación de hechos u omisiones atribuidas a terceros.

Finalmente, no sobra anotar que el presunto objetivo del "retozo democrático" o dañada connivencia atribuida por el actor al doctor Serpa Uribe y al Presidente de la República, con "...todo el beneplácito de los distintos entes del Estado..." (fl. 58 fte., E-0213), cual era el de canjear la curul de senador por el cargo de Procurador General de la Nación, ha sido desvirtuado por los hechos, como quiera que es, eso sí de público conocimiento y por tanto notorio, el hecho de haber renunciado el elegido a esa dignidad para regresarse al campo de la confrontación política.

Así, entonces, lo considerado y transcrito es bastante a denegar las pretensiones de las demandas, como así lo decidirá la Sala en pleno acuerdo con el concepto del señor Fiscal Séptimo Colaborador.

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

Falla:

Deniéganse las pretensiones de las demandas, en los procesos acumulados números 0202 y 0213.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Jorge Penen Deltieure, Presidente de Sala; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION / NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA / COMPETENCIA

No se ha producido quebrantamiento alguno del artículo 27 de la Ley 96 de 1920, por infracción directa o por aplicación indebida de los artículos 68-11 de la Ley 4ª de 1913 y 17 del Decreto 1660 de 1978 que facultan al Presidente de la República para nombrar interinamente, en receso del Congreso los empleados que éste o cualquiera de sus Cámaras debiera elegir, siempre que falten y no haya suplentes que puedan reemplazarlos, concretamente el empleado que deba ocupar interinamente el cargo de Procurador General de la Nación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veinte de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 0294 (acumulados). Acción contenciosa electoral encaminada a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto ejecutivo número 488 de 9 de marzo de 1989, por medio del cual se designa al doctor Alfonso Gómez Méndez como Procurador General de la Nación, interinamente.

Los ciudadanos Freddy A. Cifuentes Pantoja - De Santa Cruz y J. Clímaco Giraldo Gómez, mayores de edad y vecinos de Bogotá, en ejercicio de la acción contenciosa electoral solicitan de esta Corporación se declare la nulidad del artículo 2º del Decreto 488 de 9 de marzo de 1989, proferido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia, en cuanto por él se nombra interinamente Procurador General de la Nación al doctor Alfonso Gómez Méndez, mientras la Cámara de Representantes elige al titular.

Fundamentan su pretensión en el hecho de que, habiendo sido elegido el doctor Gómez Méndez como Representante principal a la Cámara, por la circunscripción electoral del Tolima, para el período constitucional de 1986-1990, en curso, y habiendo entrado a ejercer el cargo, como consta en el acta de plenaria "De la sesión inaugural del período constitucional" indicado, al ser designado interinamente para el em-

pleo de Procurador General de la Nación y tomado posesión del mismo, se quebrantó el artículo 109 de la Constitución Política, según el cual "el Presidente de la República no puede conferir empleo a los Senadores y Representantes principales durante el período de las funciones de éstos ni a los suplentes cuando estén ejerciendo el cargo, con excepción de los de Ministros y Viceministros del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador, agente diplomático y Jefe Militar en tiempo de guerra. La aceptación de cualquiera de aquellos empleos por un miembro del Congreso, produce vacante transitoria por el tiempo en que desempeñe el cargo".

El accionante Giraldo Gómez cita, además, como disposiciones quebrantadas con el acto administrativo de nombramiento de Procurador interino, los siguientes: Artículos 2º, 20, 55, 61, 62, 64, 112 y 113 de la Constitución Política; 2º de la Ley 41 de 1982; 68-11 y 305 de la Ley 4ª de 1913; 27 de la Ley 96 de 1920; 9º de la Ley 77 de 1931; 17 del Decreto 1660 de 1978 y 84 del Decreto-ley 01 de 1984, y explica detenidamente el concepto de su quebrantamiento, en consonancia con el precitado artículo 109 de la Carta.

Al proceso acumulado comparecieron a impugnar las pretensiones de la demanda el señor Ministro de Justicia y el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por intermedio de apoderados especiales constituidos al efecto.

Los procesos iniciados separadamente contra el mismo acto administrativo de nombramiento (expedientes 0294, 299 y 300), fueron acumulados al primero de los promovidos, el distinguido con el número 0294, actor Freddy Cifuentes Pantoja - De Santa Cruz, mediante providencia de agosto 31 del presente año, ponencia del señor Consejero doctor Londoño Cardona, y en firme ella se procedió a la diligencia del sorteo del Consejero ponente de los procesos acumulados, correspondiéndole el conocimiento de ellos a quien redacta la presente ponencia para la consideración de la Sala.

El concepto del señor agente del Ministerio Público. Presentados los alegatos de conclusión por las partes, se corrió traslado al señor Fiscal Octavo de la Corporación, que, en su vista de 11 de octubre del corriente año, considera que las pretensiones de la demanda no pueden prosperar, por lo siguiente:

1º Las prohibiciones contempladas en el artículo 109 de la Carta Fundamental en relación con nombramiento de Congresistas, se refiere a aquellos que le competen como jefe de la administración nacional, pero no a aquellos nombramientos que en determinado momento le corresponde efectuar en virtud de una facultad supletiva de otras autoridades, que no pueden hacerlo debido a ciertas circunstancias que se pueden presentar en un determinado momento, como ocurre cuando hay una vacancia definitiva en el cargo de Procurador General de la Nación, estando en receso el Congreso.

La Constitución Política no prevé a qué Corporación o autoridad corresponde nombrar, en forma interina, a tal funcionario, cuando se presenta una vacante definitiva en dicho cargo, estando en receso la Cámara. Pero la ley sí le dio facultad al Presidente de la República para nombrar a determinada persona, en interinidad, mientras la Cámara procede a hacerlo, conforme está consagrado en los artículos 4º de la Ley 25 de 1974 y 17 del Decreto 1660 de 1978. Estas normas se encuentran vigentes.

2º No puede sostenerse que el doctor Alfonso Gómez M. ejerce simultáneamente dos cargos, el de Representante y el de Procurador de la Nación, porque el mismo día en que tomó posesión de este último, el suplente tomó posesión en la Cámara de Representantes, a petición del doctor Gómez Méndez, como consta en varias piezas del proceso. Y si bien es cierto que el doctor Gómez M. no ha renunciado al cargo de Representante, también es cierto que no está ejerciendo las funciones propias del mismo, puesto que su suplente está haciendo uso de ellas. Sólo está desempeñando el cargo de Procurador General de la Nación.

3º El cargo de Procurador General no hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Quien lo ejerce es la cabeza del Ministerio Público y dicho organismo del Estado ha sido creado por la Constitución para cumplir las funciones que le ha asignado la Carta y las leyes. Se trata de un organismo especial, *sui generis*, que ejerce funciones con autonomía e independencia, precisamente para que las pueda cumplir a cabalidad.

4º Ni la Constitución ni la ley consagran incompatibilidad alguna entre los cargos de Procurador General de la Nación y Congresista, y, por lo tanto, un Congresista puede ser escogido como Procurador General de la Nación.

Por lo anterior, considera la Fiscalía que la falsa motivación alegada en el Decreto 488 de 1989, artículo 2º, no puede prosperar.

5º La Fiscalía comparte la concepción jurisprudencial del honorable Consejo de Estado, Sección Quinta de su Sala Contenciosa, contenida en la sentencia de 17 de febrero del año en curso, dictada en los procesos acumulados 146, 147, 148, 150, 151 y 159, en la cual se acogió el criterio expuesto por el doctor Juan Fernández Carrasquilla, Fiscal Séptimo de esta Corporación, en donde se expresó que:

a) El Procurador General de la Nación no es un empleado de la Rama Ejecutiva ni depende directamente del Presidente de la República, aunque a éste corresponda la suprema dirección del Ministerio Público (art. 142 C. N.);

b) La Constitución no prevé lo relativo a nombramiento de Procurador General interino, pero la ley prescribe que las faltas tem-

porales del mismo sean suplidas por el Viceprocurador y las absolutas o definitivas llenadas por el Presidente de la República mientras la Cámara hace la elección en propiedad (art. 4º de la Ley 25 de 1974 y 17 del Decreto 1660 de 1978). Estas normas no han sido declaradas inexequibles ni aparecen de modo manifiesto inconstitucionales.

La citada disposición del Decreto 1660 armoniza con el artículo 68-11 de la Ley 4ª de 1913, que otorga al Presidente de la República la facultad de nombrar interinamente, en receso del Congreso, los empleados que éste o cualquiera de sus Cámaras debiera elegir;

c) La Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República conferir a los Congresistas en ejercicio ciertos empleos de la Rama Ejecutiva (art. 109), pero la norma se refiere, y no podría ser de otra manera, a las provisiones que corresponden al Presidente por la naturaleza de su oficio, es decir, como funciones propias y específicas de su oficio o cargo. Dicha prohibición no opera cuando el Presidente, como suprema autoridad administrativa, obra en suplencia de otras autoridades, por cuanto en ese evento, el Presidente actúa jurídicamente por esa otra autoridad y puede hacer la selección del empleado en los mismos términos que podría hacerla el nominador. Si para la Cámara no rigen las prohibiciones o restricciones relativas a los nombramientos del Presidente, tampoco pueden éstas tener vigencia cuando el último actúa en lugar suyo y mientras la Corporación puede elegir en propiedad. Por esto, pues, no se aplica el artículo 109 de la C. P. a los nombramientos en interinidad que haga el Presidente de la República, en receso del Congreso, de empleados cuya provisión incumbe a éste o a cualquiera de sus Cámaras;

d) Ni la Constitución ni la ley establecen incompatibilidad entre los cargos de Congresista y de Procurador General. Este último cargo no aparece ni podría aparecer entre las excepciones del artículo 109 de la Constitución, sencillamente porque el Procurador no puede ni debe ser nombrado por el Presidente sino por la Cámara. Las incompatibilidades para el desempeño de cargos públicos son de estricto derecho y no pueden por ello ser ampliadas por el intérprete. También las prohibiciones lo son, y justo por ello la del indicado artículo de la Carta no pueden extenderse a los nombramientos que corresponden a la Cámara —o al Presidente en lugar de ella cuando no está en sesiones—, teniendo que limitarse a los que incumben por derecho propio al Presidente de la República;

e) Al nominar para Procurador General, el Presidente puede incluir nombres de congresistas en ejercicio, pues ninguna norma lo prohíbe, como tampoco le prohíbe a la Cámara nombrar a una de tales personas. Lo propio puede hacer el Presidente cuando provee en interinidad en suplencia de la Cámara;

f) De otra parte, la consecuencia jurídica de que un Senador en ejercicio acepte uno de los empleos del artículo 109 de la C. N., es

la de que se produce transitoriamente la vacancia en su senaturía. La Constitución no prevé en este evento la sanción de nulidad y sabido es que las nulidades tienen que ser expresas y son de interpretación restrictiva.

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

Consideraciones:

I. La Sala no encuentra razón o fundamento jurídico alguno para variar su concepción jurisprudencial sobre los alcances e interpretación de los artículos 109 y 112 de la Constitución Política, expuesta en la precitada sentencia de 17 de febrero del año en curso (Expedientes 146, 147, 148, 150, 151 y 159), ponencia del señor Consejero doctor Euclides Londoño Cardona, con motivo de la demanda de nulidad del acto administrativo de nombramiento del doctor Horacio Serpa como Procurador General de la Nación, interino, expedido igualmente por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia, a la cual se ha referido el señor Agente del Ministerio Público en este proceso.

II. En consecuencia, pasará a referirse a las disposiciones de orden legal invocadas por el accionante, abogado J. Clímaco Giraldo Gómez en sus demandas, que son similares, así:

1º *Indebida aplicación de los artículos 68-11 de la Ley 4ª de 1913 y 17 del Decreto 1660 de 1978,* ya que el nombrado no sólo estaba inhabilitado para desempeñar el empleo de Procurador, por el resto de su período de Congresista, sino que también el Presidente de la República tiene la prohibición de designarlo, por no estar comprendido el indicado empleo en las excepciones que permiten los artículos 109 de la C. P., 27 de la Ley 96 de 1920 y 9º de la Ley 77 de 1931.

El artículo 27 de la Ley 96 de 1920, preceptúa:

> "Los individuos que fueren elegidos Senadores o Representantes al Congreso, o Diputados a las Asambleas Departamentales con el carácter de principales, perderán, al entrar a ejercer el cargo, el empleo que tuvieren por nombramiento del Poder Ejecutivo o de los Gobernadores, o que fueren del Poder Judicial con jurisdicción; y quedarán inhabilitados por el resto de su período para el desempeño de empleos concedidos por el Poder Ejecutivo, si se tratare de Senadores o Representantes; o por los Gobernadores, si se tratare de Diputados sin más excepciones que las establecidas en el artículo 23 del Acto legislativo número 3 de 1910, que es aplicable en todo lo demás, y las que esta misma disposición establezca.

"Los suplentes que entraren a ejercer el cargo por renuncia, falta absoluta o excusa de los principales, quedarán en las mismas condiciones que éstos para los efectos de este artículo.

".....".

La primera parte de la disposición transcrita, no es otra cosa que el desarrollo legal del artículo 64 del ordenamiento constitucional original de 1886, que establecía que "nadie podrá recibir dos sueldos del Tesoro Público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes", reemplazado por el artículo 23 del Acto legislativo número 1 de 1963, en los siguientes términos: "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios" (art. 64 del actual ordenamiento constitucional).

Esa primera parte de la disposición no se ha quebrantado en el presente caso, pues no existe prueba en el proceso de que el doctor Gómez Méndez esté percibiendo las asignaciones correspondientes a los empleos de Procurador General de la Nación y de representante a la Cámara, y antes, por el contrario, aparece establecido fehacientemente que su suplente entró a ejercer el segundo de los cargos mencionados, lo que implica que sea éste quien esté percibiendo las dietas correspondientes. Pero, además, lo que la norma establece es que la persona que sea elegida Senador o Representante y se encuentre ejerciendo un empleo que "tuviere por nombraminto del Poder Ejecutivo o de los Gobernadores", lo perderá al entrar a ejercer el cargo para el que haya sido elegido, situación muy diferente a la planteada a la Sala con motivo de la acción electoral que se decide mediante esta sentencia, y, por otra parte, la ley en comento no está consagrando nulidad alguna de la elección o nombramiento recaida en persona para ejercer el cargo de Procurador General de la Nación, en esa primera parte.

En lo que respecta a la segunda parte de la disposición *sub examine*, en cuanto establece que las personas elegidas como Senadores o Representantes, "quedarán inhabilitados por el resto de su período para el desempeño de empleos concedidos por el Poder Ejecutivo", disposición reproducida en el artículo 33 del Acto legislativo número 1 de 1968 (art. 109 de la C. P. actual), debe observarse, una vez más, que la norma —al igual que la contenida en el artículo 109 precitado— se refiere a las provisiones o nombramientos que corresponden al Presidente de la República, por tratarse de empleos que forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, entre los cuales no se encuentra el de Procurador General de la Nación que corresponde efectuar a la Cámara de Representantes, previa terna remitida a ella

or el Presidente, e interinamente a éste cuando se produce vacancia bsoluta durante el receso de aquella. En otras palabras, conforme la Constitución (art. 109) y a la ley, el Presidente de la República io puede designar o nombrar a un Senador o Representante principal durante el período de funciones de éstos, para desempeñar un empleo en el poder o Rama Ejecutiva de la Nación, salvo cuando se trate de proveer el cargo de Ministro, Viceministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador, Alcalde de Bogotá, agente diplomático y jefe militar en tiempo de guerra. De violarse el ordenamiento constitucional, la consecuencia no es otra que "la vacancia transitoria" del cargo de Senador o Representante por el tiempo en que se desempeñe el cargo o empleo de la Rama Ejcutiva, por cuanto, como ya se dijo en otra oportunidad por la Sala, la sanción de nulidad del nombramiento —no de la elección de Senador o Representante, ni la pérdida de la investidura de Senador o Representante— del congresista como empleado de la Rama Ejecutiva, desapareció con motivo de la Reforma Constitucional de 1968.

En síntesis, no se ha producido quebrantamiento alguno del artículo 27 de la Ley 96 de 1920, por infracción directa o por aplicación indebida de los artículos 68-11 de la Ley 4ª de 1913 y 17 del Decreto 1660 de 1978, que facultan al Presidente de la República para nombrar interinamente, en receso del Congreso, los empleados que éste o cualquiera de sus Cámaras debiera elegir, siempre que falten y no haya suplentes que puedan reemplazarlos, concretamente el empleado que deba ocupar interinamente el cargo de Procurador General de la Nación.

Por otra parte, el artículo 9º de la Ley 77 de 1931, también invocado como quebrantado, al decir que "las sanciones e incompatibilidades establecidas por el artículo 27 de la Ley 96 de 1920 en su primera parte se refieren, respectivamente, a los empleados nacionales nombrados por el Ejecutivo cuando entraren a ejercer los cargos de Senadores y Representantes ... *y dice relación exclusivamente con los funcionarios cuyo nombramiento y remoción corresponde de modo directo, inmediato y exclusivo al Poder Ejecutivo nacional...*" (subrayado fuera de texto), viene a confirmar las anteriores apreciaciones de la Sala, y, por lo mismo, no se puede considerar como violado o desconocido por el acto acusado.

2º *Quebrantamiento de los artículos 61 de la Constitución y 306 del C. de R. P. y M., en concordancia con el artículo 64 de la Carta.* La Sala tampoco encuentra que dichos preceptos hayan sido desconocidos con el acto administrativo acusado. En efecto; el demandado no está ejerciendo simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o la militar, si se tiene en cuenta, como antes se expresó, que al tomar posesión del cargo de Procurador General de la Nación, dejó de ejercer las funciones del cargo de Representante a la Cámara, funciones que entró a desempeñar su suplente, quien, por lo mismo,

es la persona que, desde ese instante, ejerce la autoridad política como integrante de la Cámara de Representantes. De otro lado, se repite, no está demostrado que el demandado esté percibiendo dos o más asignaciones del Tesoro Público, la correspondiente al empleo de Representante y la correspondiente al empleo de Procurador de la Nación, y de ser ello así, esa circunstancia no implicaría la nulidad del acto de nombramiento como Procurador, sino otras diversas, como la obligación de reintegrar una de las asignaciones en virtud de la acción que promoviera la Contraloría General de la República y eventualmente la acción disciplinaria pertinente.

3º *El artículo 62 de la Constitución:* Por las consideraciones expuestas en los anteriores numerales, tampoco aparece que se haya quebrantado el artículo 62 de la Carta, en cuanto remite a la ley la determinación de los casos particulares de incompatibilidad de funciones; responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; y, las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, entre ellos el de Procurador de la Nación, aspectos no controvertidos en este juicio.

4º *El artículo 84 del Decreto-ley 01 de 1984,* en cuanto consagra las formas de violación de la norma superior de derecho, o sea, las causales de nulidad del acto administrativo: Vicio de incompetencia, falsa motivación, desviación de poder, expedición irregular y transgresión de la Constitución o de la ley.

No se encuentra, por parte alguna, que con la expedición del acto acusado, el señor Presidente de la República haya incurrido en quebrantamiento de alguna o algunas de las disposiciones constitucionales y legales indicadas en la demanda, por falta de aplicación de ellas, interpretación errónea o aplicación indebida a un caso no gobernado por ellas; ni que no tuviera competencia constitucional o legal para dictarlo; ni que haya utilizado el poder o facultad constitucional y legal para una finalidad diferente a la prevista por el legislador en el momento de expedir la norma que se lo otorga; ni que haya existido expedición irregular del acto (vicio de forma). En otras palabras, que se haya incurrido en causal de nulidad del acto administrativo acusado, en los términos del artículo 84 del C. C. A.

Por consiguiente, debe concluirse que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

5º *Caducidad de la acción electoral.* Para la Sala es incuestionable que la acción fue promovida dentro del término de caducidad previsto en el artículo 136 del C. C. A. (Ley 14 de 1988), es decir, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la expedición del acto acusado, y, en consecuencia, no está llamada a prosperar la excepción propuesta por los señores apoderados de la parte impugnadora.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

Falla:

1º Se declara no probada la excepción de caducidad de la acción, propuesta por el señor apoderado especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

2º *Niéganse* las pretensiones de las demandas acumuladas promovidas por los ciudadanos Freddy A. Cifuentes Pantoja - De Santa Cruz y J. Clímaco Giraldo Gómez, contra el acto administrativo de nombramiento, en interinidad, del doctor Alfonso Gómez Méndez, como Procurador General de la Nación, expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia (art. 2º del Decreto ejecutivo 488 de marzo 9 de 1989).

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Aquiles Reyes Reyes,* Conjuez.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TITULO VII

REVISION DE IMPUESTOS

APELACIONES

RENTA PRESUNTIVA/FUERZA MAYOR

El mero hecho de que la actividad manufacturera de la sociedad hubiera reportado cuantiosas pérdidas en el año, no solamente no excusaba la carga de liquidar la renta presuntiva, de conformidad con el artículo 8º del Decreto 2343 de 1974, sino que, por ello, no probada "per se" *la incidencia negativa de la fuerza mayor. (Ejercicio fiscal de 1975).*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., siete de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1784. Apelación sentencia de diciembre 19 de 1986, proferida por el Tribunal del Valle, sobre impuestos de renta por el año gravable de 1975. Actor: Eternit Pacífico S. A. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Eternit Pacífico S. A., la actora, contra la sentencia de 19 de diciembre de 1986, parcialmente favorable a las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el juicio especial sobre impuestos promovido contra actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1975.

Antecedentes:

Los actos constitutivos de la operación administrativa enjuiciada, a saber, la liquidación de revisión número 734 de 3 de febrero de 1978 y las Resoluciones números 247 de 5 de marzo de 1979 y 779 de 28 de marzo de 1980, se expidieron, los dos primeros, por las unidades de auditoría interna y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali y, el tercero, en surtimiento de apelación subsidiaria, por la División de Recursos Tributarios, Subdirección Jurídica, de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Un primer cuaderno de antecedentes, formado por el Tribunal del conocimiento, contiene la citación número 1326 de 17 de febrero de 1977 librada a la contribuyente por intermedio de su representante legal "para asuntos fiscales relacionados con la declaración de renta

por el año de 1975", que éste, cumplida la citación, respondió con oficio número DF-056, radicado el 11 de abril del mismo año, habiendo expresado que "de acuerdo con lo discutido con ustedes, les informamos que esta empresa presentó la segunda adición a la declaración de renta por 1975, en formulario oficial, bajo el número 8290, el 19 de noviembre de 1976. Debido a lo anterior, no consideramos necesario repetir la información en un nuevo formulario oficial, pues como se indicó arriba, ya fue presentada".

La liquidación oficial prescinde los métodos ordinarios de depuración de la base imponible, determinando ésta con arreglo al artículo 59 del Decreto 2247 de 1974, por la presunción de rentabilidad mínima del 8% sobre el patrimonio líquido del ejercicio precedente "por cuanto la sociedad no demostró con pruebas fehacientes las razones que tuvo para no declarar renta presuntiva".

Inicialmente, en la primera instancia de la etapa gubernativa, las argumentaciones y comprobaciones de la reclamante, en el sentido de encontrarse sometida su actividad económica a medidas oficiales sobre control de precios, fueron atendidas íntegramente con apoyo, principalmente, de un "certificado expedido por la Superintendencia Nacional de Producción y Precios", y en otros documentos allegados con el recursos "tales como certificado expedido por contador público y firmado por revisor fiscal, resoluciones provenientes del Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, por las cuales se reajustaron los precios de los productos de asbesto y cemento, la constancia expedida por la Superintendencia de Sociedades y del Ministerio de Desarrollo Económico, todos en originales o debidamente autenticados por notaría".

El *ad quem*, sin embargo, revoca el acto subsidiariamente apelado y confirma la liquidación oficial.

Del análisis de la prueba documental allegada deduce, en efecto, acreditado el evento de la fuerza mayor, el control de precios sobre la producción manufacturera de la sociedad en el ejercicio, no así "la medida en que el hecho ha influido en una renta líquida inferior a la presuntiva", pues no obstante el mérito formal que concede a las constancias de contador público y revisor fiscal, no estima que éstas o la declaración de renta demuestren el "porcentaje de aumento de los precios de compra durante el año en litis, que dé certeza sobre su incidencia numérica en los costos".

Hace ver, en cambio, de acuerdo con el certificado de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios y lo testimoniado por el revisor fiscal, que la contribuyente fue autorizada, en dos oportunidades durante el año, a reajustar sus precios de venta en el 8% y el 22%, fuera de que las pérdidas declaradas se registraron incluso respecto de la venta de productos no vigilada.

Y que, de otra parte, el pronóstico en torno del estado de quiebra a que podría verse avocada aquélla, aludido en el certificado de la Superintendencia de Sociedades, refiere una vigencia distinta de la controvertida y carece de pertinencia probatoria en el asunto por dirimir.

Fundamentos de la acción:

Sobre el supuesto de haber reportado la actividad manufacturera una cuantiosa pérdida en el ejercicio, oportunamente especificada y demostrada en la declaración tributaria y corrección, la demandante, con invocación del artículo 59 del Decreto 2247 de 1974, reafirma la tesis de hallarse relevada, de liquidar renta presuntiva.

Ello, explica, debido al control de los precios de venta de sus productos ejercido oficialmente en forma ininterrumpida durante el año gravable, fuerza mayor que habría impedido siquiera el resarcimiento de los costos y gastos de operación, habiendo sido el propio gobierno, consciente de la situación, el que autorizara alzas en el sector, primero, del 8%, según Resolución número 112 de 30 de junio de 1975 y, a continuación, del 22%, con Resolución número 202 de 3 de noviembre del mismo año, ambas de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios que, no consiguieron una reactivación significativa del mercado manufacturero específico ni del beneficio de la producción, haciéndose forzosa una nueva autorización de reajuste para 1976.

En cuanto al hecho constitutivo de fuerza mayor y la incidencia del mismo en los resultados económicos negativos del ejercicio, remite a la constancia de la citada Superintendencia y al propio denuncio rentístico, contentivo éste, de "toda la información relativa a las ventas y análisis de costos y gastos", que permitiría concluir "que todos los costos y gastos de la vigencia de 1975 tuvieron relación de causalidad con las ventas".

De la certificación y declaración, afirma que son plenas pruebas, la primera, como documento cierto, a términos del artículo 79 del Decreto 1651 de 1961, y la segunda, por estar cobijada la información por la presunción de los artículos 72 *ibídem* y 33 de la Ley 52 de 1977, norma procesal ésta que entró en vigor el 26 de enero de 1978.

Referente al mismo punto de la incidencia de la regulación oficial de precios, invoca la constancia de contador público de suficiente eficacia probatoria, en su entender, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 145 de 1960, en la cual el certificante, tras el examen del movimiento de las transacciones anotadas en libros y comprobantes de contabilidad "dictaminó que los costos y gastos inherentes a la producción y venta de los artículos enajenados durante 1975, fueron superiores al precio de venta, originándose una pérdida que se produjo, fundamentalmente, por imposibilidad de transferir a los com-

pradores los mayores costos de la materia prima importada y nacional, el incremento de los salarios y, en general, el alza de la mayoría de los insumos, elevación que en períodos inflacionarios se produce casi día a día".

Por otro aspecto, no encuentra que el artículo 59 del Decreto 2247 de 1974 o su reglamentario, el artículo 93 del Decreto 187 de 1975, señalen prueba especial de la fuerza mayor, en su caso, siendo admisible, por tanto, cualquier medio idóneo.

Resalta que, en el recurso contra la liquidación, a más de atacar el hecho de la cuantificación de la base gravable por presunción, impugnó el de haberse desconocido rentas exentas y descuentos tributarios solicitados en la declaración, en cuantías, respectivamente, de $ 632.145 y $ 364.119, sin explicación sumaria alguna, con transgresión de los artículos 13, numerales 6º y 8º, y 14 del Decreto 2821 de 1974, en conexión con los artículos 92 del Decreto 187 de 1975 y 31 de la Ley 52 de 1977, que habría dado lugar a un procedimiento distinto del indicado en la ley, subsumido, a su vez, en las causales de nulidad de los artículos 152 del Código de Procedimiento Civil y 57, numeral 4º, de la Ley 52 de 1977.

Pese a la favorabilidad de la resolución del recurso administrativo en primera instancia, califica de "falso" el pretexto aducido allí para denegar la nulidad impetrada, pues estima que la renta exenta se debe detraer de la renta líquida, cualquiera que hubiera sido el método empleado para determinar ésta, conforme a los artículos 15 y 71 del Decreto 2053 de 1974, y una vez liquidado el impuesto, restar igualmente de éste los descuentos tributarios.

El mismo argumento se repite, más adelante, en relación con la parte del acto resolutorio de la apelación que confirmó el desconocimiento de las exenciones y descuentos.

De tal acto se reproducen diversos apartes, destacándose aquellos en que el *ad quem*, en la apreciación de la prueba, admitió el acaecimiento de la fuerza mayor, más no la incidencia de la misma en el índice de improductividad.

Sobre el particular, se dice haber pretermitido la administración los términos de la instrucción 7 de 1979 de la Dirección General de Impuestos Nacionales donde aparece, en lo pertinente, que "demostrar la incidencia no es otra cosa que presentar la información necesaria que permita establecer cuál fue el valor de la renta obtenida en comparación con la que hubiera podido obtener (se) de no haber ocurrido tales hechos (los constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito), tomando como base el patrimonio líquido poseído por el contribuyente o que produjo utilidades no afectadas, según el caso" y que "para el efecto, *podrán aceptarse certificaciones del revisor fiscal o contador público que reflejen los hechos descritos*. Tales pruebas se-

rán valoradas por el funcionario competente" (subrayas en el texto de la transcripción).

(La versión de la actora difiere del texto oficial de la instrucción, pues en el fragmento que, según aquélla, dice: "...tomando como base el patrimonio líquido poseído por el contribuyente...", lo que en realidad se lee en ésta es: "tomando como base el patrimonio líquido vinculado a la renta afectada, en relación con el total del patrimonio líquido poseído por el contribuyente...").

Exprésase, también, que el aludido funcionario desconoció "la integridad (sic), la pericia en la materia, la independencia y la idoneidad del revisor fiscal al afirmar que su opinión no implicaba el dar fe y que no constituía plena prueba, violando la instrucción 07 antes transcrita, que estaba obligado a cumplir, excediendo las exigencias legales".

En párrafos finales de su extensa disertación, la demandante concluye que los motivos expuestos por el funcionario en cuestión, al rechazar la prueba documental inserta al recurso gubernativo, implican la exigencia de una "prueba imposible", pues no halla qué otros argumentos o medios de persuasión pudiera presentar para contradecir la presunción. Piensa que, en aras de la equidad, la administración ha debido precisar la prueba fehaciente que requería o practicar visita de carácter contable a sus libros.

Indícase, en suma, infringidos los artículos 79 del Decreto 1651 de 1961 y 9º de la Ley 145 de 1960, por haberse desestimado el mérito probatorio de los certificados expedidos por la Superintendencia Nacional de Producción y Precios y de las atestaciones del revisor fiscal y el contador público, sin contraprueba que desvirtuara éstas; 72 del mismo Decreto 1651 y 33 de la Ley 52 de 1977, por ignorarse la presunción de veracidad del informativo tributario; 13, numerales 6º y 8º, y 14 del Decreto 2821 de 1974, 152 del Código de Procedimiento Civil, 57, numeral 4º, de la Ley 52 de 1977 y 92 del Decreto 187 de 1975, por el rechazo de las rentas exentas y descuentos tributarios solicitados; 31 de la Ley 52 de 1977, por no conformarse la operación administrativa a los términos de éste; instrucción 07 de 1979, por haberse desechado la constancia del revisor fiscal como demostración de la fuerza mayor y el efecto de ésta y 59 del Decreto 2247 de 1974, por no haberse reconocido la alegada exclusión del régimen de presunción.

Elementos del fallo apelado:

Los postulados de la decisión de primer grado, son los mismos defendidos por el señor fiscal del Tribunal Administrativo.

El Tribunal reconoce acreditado el caso de fuerza mayor, con cimiento en las resoluciones de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios y lo atestado por contador público, en cuanto a haber excedido los costos y gastos inherentes a la producción y distribución de artículos enajenados en el período, el precio de venta de éstos, con la secuela de la pérdida.

Empero, no la medida en que la fuerza mayor hubiera hecho nugatorias las expectativas de una renta cuando menos igual a la presuntiva, ya que no considera comprobada la debida correlación entre aquélla, como causa, y ésta, como efecto.

En lo relativo al rechazo de las rentas exentas y los descuentos tributarios afirma que: "las autoridades tributarias debieron haber tenido en cuenta en la liquidación de revisión que se le practicó a la sociedad, el monto de las rentas exentas solicitadas por el contribuyente, así como también los descuentos tributarios pedidos, a pesar de que la renta líquida se hubiera determinado por el sistema de renta presuntiva, y en tal caso, se debía de haber dado explicación sumaria sobre su desconocimiento".

Accede, pues, el *a quo*, como única modificación de la actuación administrativa, al reconocimiento de las discutidas partidas de exención y descuento.

Sustentación del recurso contencioso:

En apartes introductorios del escrito de apelación, se recapitulan las principales incidencias de los procesos gubernativo y contencioso, reafirmándose el hecho de que, por efecto de las medidas oficiales sobre precios y la incidencia de éstas en los índices de rentabilidad, la sociedad no solamente no hubiera conseguido la recuperación de sus costos y gastos de operación, sino que debiera soportar una pérdida por $ 16.306.759, sin embargo de lo cual se determinó y mantuvo la renta gravable por el sistema de presunción.

Por el aspecto sustantivo, reitérase la inaplicabilidad de la presunción, a partir de la prueba de la fuerza mayor y de la rentabilidad inferior al ocho por ciento, que se dicen admitidas por el *a quo*, lo que no fue óbice para que éste emitiera un pronunciamiento contrario a la ley.

Desde el punto de vista probatorio, se enumeran los diversos documentos de que se hizo acopio y se repiten los argumentos que sustentaron la eficacia de éstos, como elementos demostrativos de "la existencia de hechos constitutivos de fuerza mayor y la medida en que influyeron para generar la pérdida del ejercicio".

Según la apelante, tales pruebas demostraban fuera de toda discusión que las medidas oficiales sobre precios habían sido causa de

una renta inferior a la presuntiva, no exigiendo la ley, por otra parte, prueba específica de estos hechos, ni habiéndose indicado en la sentencia recurrida cómo debían probarse los mismos.

Asume, pues, que al haberse desestimado la prueba de la ingerencia de la fuerza mayor, habría que entender que el *a quo* estaba exigiendo la demostración de un "hecho imposible", "consistente en demostrar la rentabilidad en el evento de que no hubiera existido el control de precios", que no es susceptible de prueba, por tratarse de meras especulaciones.

A su ver, de la fuerza mayor "jurídicamente, sólo debe probarse la existencia de los hechos constitutivos de ésta, y que éstos se dieron en un contribuyente".

Añade que en los ordenamientos civil y tributario, el efecto jurídico de la fuerza mayor o el caso fortuito son equivalentes. Sobre el particular, transcribe apartes de la sentencias de la Corte, de 7 de marzo de 1939, 20 de noviembre de 1973 y 29 de febrero de 1974.

Para terminar, señala como preceptos infringidos que no analizó el *a quo*, los artículos 59 del Decreto 2247 de 1974, 72 del Decreto 1651 de 1961, 33 de la Ley 52 de 1977 y 9º de la Ley 145 de 1960. Acompaña la documentación reseñada en la parte final de su memorial de sustentación.

Alegaciones finales:

En el alegato formulado dentro del término común conferido a las partes al efecto, la señora delegada del director general de Impuestos Nacionales, manifiesta oponerse a las pretensiones de la apelante, en lo esencial, porque, según se puntualizó en el fallo atacado, si bien aparece comprobado el hecho constitutivo de la fuerza mayor, no lo está el de la incidencia de éste en la cifra de renta líquida, habiendo recibido la actora autorizaciones consecutivas de reajuste de sus precios de venta, que le imponían comprobar "cómo a pesar de haberse autorizado los mismos, tampoco se pudo obtener una rentabilidad ni siquiera del 8% del patrimonio líquido del año anterior al gravable".

A la aseveración de la apelante, de haber omitido el *a quo* indicar la prueba hábil en la materia, replica ser ésta una carga de su incumbencia y que si sólo ahora se viene a cuestionar cómo se prueba la incidencia de la fuerza mayor, mal se puede aducir haberla probado, cuando no se conoce siquiera el medio que debió aportarse.

Probar la incidencia, dice "no es otra cosa que indicar cuantitativamente cómo influyó el control oficial de precios en cada uno de los artículos producidos o manufacturados por la empresa, de ma-

nera que el costo de ellos no haya siquiera podido compensarse con los previos (sic) por los cuales debió venderse, hasta el punto que el alza autorizado (sic) en los meses de junio y noviembre tampoco logró que la sociedad obtuviera un margen de rentabilidad. Esa es una prueba que sólo después de un minucioso estudio económico estadístico de la producción de la empresa, debió aportar la sociedad para efectos de establecer, además de la baja rentabilidad, si todo los productos vendidos estaban sometidos al control de precios o solamente algunos de ellos..."

Por su parte, el señor apoderado de la actora, persiste en los aspectos fundamentales de la demanda y recurso, afirmándose en la circunstancia de no estar sujeta la sociedad al régimen de presunción, ni aún por el mecanismo del cálculo de la renta presuntiva con base en el patrimonio líquido e ingresos del período afectados y no afectados por la fuerza mayor, pues, según asevera, tal procedimiento sólo vino a establecerse con la promulgación del Decreto 353 de 1984.

Con todo, por vía de "simple discusión", con apoyo en los certificados contables anexos, formula una hipotética cifra de renta presuntiva, en función de patrimonio líquido e ingresos netos, afectados y no afectados, que sería de $ 1.492.692, según dicho cálculo.

Concepto del Ministerio Público:

La vista fiscal, ubica los aspectos esenciales de la controversia, en un ámbito eminentemente probatorio, que cuestiona si verdaderamente se encuentran demostrados en el proceso el evento de fuerza mayor y el nexo entre ésta y la deficiente productividad.

Para la señora Fiscal Sexta de la Corporación, ambas cuestiones, tal como se desenvolvieron y comprobaron los hechos, llevan a soluciones negativas, en el primer caso, porque la prueba del control de precios no lo era necesariamente de la fuerza mayor, que sólo podría entenderse configurada en la hipótesis acreditada de que la misma, con arreglo al artículo 59 del Decreto 2247 de 1974, hubiese inducido una rentabilidad inferior a la presunta. O, en otros términos, que no bastaba, para desvirtuar la presunción "probar el control oficial de precios y la rentabilidad inferior al 8%, sino que (debía) demostrar(se) que fue el control de precios el determinante de la reducción".

Y en el caso de la segunda, porque tanto el director financiero como el revisor fiscal de la sociedad, según certificado de folio 29 del cuaderno principal "atribuyen la deficiente rentabilidad a tres razones: el control de precios; la parálisis de la industria de la construcción debida a la suspensión de créditos de las corporaciones de ahorro y vivienda y a la no existencia de planes de vivienda oficiales; y la necesidad de recurrir a financiaciones de sectores diferentes ante el poco crédito bancario y de corporaciones", que revelan la existencia

de causas diferentes del control de precios, de mayor incidencia aún que éste, que tienen respaldo probatorio en el expediente.

Sobre el particular, acude al examen comparativo de las cifras de ventas y gastos financieros registradas en los años de 1974 y 1975, hallando que mientras aquéllas descienden de $ 190.766 en 1974 a $ 150'507 en 1975, éstos se incrementan, respectivamente, de $ 17'595 a $ 53'420.

Destaca también cómo, según el "estado de resultados" presentado por la accionante, la venta de productos no sometida a control de precios, significó una pérdida operacional todavía mayor que la de los vigilados.

Deriva de lo anterior, que el control oficial no solamente no fue causa exclusiva de la baja rentabilidad, sino que el mismo representa un factor menor de incidencia en frente de la voluminosa cifra de gastos financieros.

Con referencia a las Resoluciones números 112 y 202 de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, expresa, finalmente, que si por medio de las mismas se accedió al reajuste de precios "con base en el estudio económico de costos y precios, realizado sobre documentos presentados por la peticionaria", era de suponer que los nuevos precios autorizados generaran márgenes de utilidad, aunque no pueda saberse si éstos excedían o eran inferiores al 8%, por no haberse allegado los precitados documentos al proceso, los cuales "sí podrían mostrar a la jurisdicción cuál fue la rentabilidad autorizada a la sociedad por la venta de productos controlados y si ésta fue inferior al 8% y se configuró por ende la fuerza mayor a que la ley se refiere..."

Consideraciones de la Sala:

1. *Sobre la evolución del régimen legal de presunción.*

Particularmente, en tratándose de las personas jurídicas, la presunción implica un procedimiento de verificación de la productividad del patrimonio social, a partir de factores conocidos o determinables de éste confrontados con el ingreso real.

Desde sus orígenes en la Ley 4ª de 1973, que creó un sistema restringido de presunción para el sector agropecuario, el valor de los bienes asociados a la actividad generadora del ingreso, ha sido la base para la aplicación de la tarifa mínima de rentabilidad señalada en la ley, independientemente de que, años más tarde, se hubiera introducido con idéntico propósito la alternativa del "ingreso neto".

Con el Decreto 2053 de 1974, hízose aplicable el sistema a toda clase de actividades y contribuyentes, con la sola excepción de la exis-

tencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente demostrados y en la medida en que los mismos hubiesen hecho inaxequible el ingreso mínimo porcentual.

El artículo 77 *ib.*, preveía tres casos de fuerza mayor, los dos primeros alusivos a la circunstancia de que más del 50% del patrimonio bruto estuviera comprometido en las actividades ahí descritas y, el último, al hecho de que la actividad económica del contribuyente se hubiera visto afectada por medidas oficiales sobre precios, determinantes de una rentabilidad inferior a la presunta.

El artículo 59 del Decreto 2247 de 1974, reprodujo la exigencia de la prueba y, a título meramente enunciativo, también los tres casos de fuerza mayor.

Por su lado, el artículo 13 del Decreto 2348 del mismo año, en lo concerniente a actividades de índole agropecuaria, precisó la distinción entre la parte del patrimonio líquido comprometido en éstas y la destinada a otras actividades, disponiendo restar, por su "valor neto", ciertas inversiones, a efecto de determinar la base de liquidación de la renta presuntiva.

La reglamentación de los anteriores preceptos, contenida en los artículos 92 a 100 del Decreto 187 de 1975, refirió concretamente la materia probatoria en los dos primeros casos de fuerza mayor del artículo 59 del Decreto 2247 de 1974.

Posteriormente, la Ley 54 de 1977, en su artículo 11, deslindó de modo general para todos los casos, el concepto de patrimonio líquido vinculado y no vinculado a actividades afectadas por fuerza mayor o caso fortuito, previniendo sobre que la presunción no era desvirtuable sino respecto del primero, por lo que, en consecuencia, debía aplicarse la tarifa mínima del 8% a la parte restante del activo líquido. Por lo demás, mantiene la misma enumeración de hechos de fuerza mayor.

Igualmente, en el artículo 36 del Decreto reglamentario 250 de 1978, se dispuso tener como prueba específica de la regulación de precios "la certificación expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio".

Mucho más adelante, en el artículo 2º del Decreto 353 de 1984, citado en el recurso contra la sentencia, se reconfirmaría la norma del fraccionamiento del patrimonio líquido, en función de su vinculación, o no, a actividades afectadas, y se instruirían procedimientos de cálculo del "patrimonio neto" excluido, o de la "parte excluible" de este, en el evento de "bienes simultáneamente vinculados a actividades sometidas y excluidas del (sic) régimen de presunción".

2. *Sobre el efecto jurídico de la presunción, en el caso concreto.*

a) *De la prueba del hecho económico y su incidencia.*

Por supuesto, es opinable que la concepción civilista de la fuerza mayor o el caso fortuito, con sus caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad, resuelve satisfactoriamente el problema de la justificación de una tasa marginal de renta prefijada, por no ser aquélla una noción que consulte objetivamente ciertos fenómenos coyunturales de economía o finanzas, o aún de conductas sociales.

De hecho, en la relación de casos de fuerza mayor del artículo 59 del Decreto 2247 de 1974, bien cabrían coeficientes de reditualidad ínfima o cero, tal la aceleración de la inflación, el endurecimiento del crédito en el mercado interno o externo, las restricciones de la política monetaria, la contracción del consumo doméstico, la "indexación" de los salarios, el reajuste del costo financiero, la carencia de mano de obra calificada, o la huelga de los trabajadores, que no son fenómenos propiamente impredecibles o incontrarrestables, pero que en economías de extrema sensibilidad a impactos adversos es probable que resistan el mejor intento de prevención o neutralización, sin que, en principio, sea claramente identificable el factor o agente responsable.

El requerimiento de un medio hábil de convicción, que pruebe el hecho económico y mida la trascendencia de éste en la desestabilización de las tasas normales de ingreso real, es institución de origen legal, por lo visto, que sin embargo no aparejó un método ideal de mesura del impacto del hecho sobre la productividad, como tampoco, según lo sostuvo la accionante, una forma expedita de comprobación y, cabría agregar, que ni siquiera un lapso preclusivo para la presentación de la misma, de donde, por una parte, en lo que hace al ejercicio discutido, resultaba admisible cualquier medio legalmente reconocido y, por otra, procedía su acopio tanto con la declaración y corrección, como con la contestación de los requerimientos administrativos, sin perjuicio de la presunción de autenticidad de los hechos informados, de acuerdo con el artículo 72 del Decreto 1651 de 1961.

La declaración tributaria y su corrección, satisfacían el presupuesto de la forma en lo tocante a la relación de los ítems de renta y patrimonio y de los factores de pasivo, costo y deducción atribuibles a éstos, empero apenas parcialmente el de la instrumentación del hecho económico y su influencia negativa, toda vez que, si bien originalmente obraban en la declaración las constancias del director financiero de la sociedad y de la extinguida Superintendencia Nacional de Producción y Precios, referentes, en su orden, al acaecimiento de eventos de fuerza mayor y a la vigencia, en el período, de un efectivo control de precios sobre los productos de asbesto-cemento, no es menos cierto que el alegado efecto traumático de aquellos, no contaba con más respaldo material que el de las declaraciones consignadas en tales documentos.

Naturalmente, el mero hecho de que la actividad manufacturera de la sociedad hubiera reportado cuantiosas pérdidas en el año, no

solamente no excusaba la carga de liquidar renta presuntiva, de conformidad con el artículo 8º del Decreto 2348 de 1974, sino que, por ello, no probaba *"per se"* la incidencia negativa de la fuerza mayor.

Mal podría, pues, haberse aducido la transgresión de los preceptos que protegían la presunción de veracidad de la declaración tributaria, dada la defectuosa documentación de ésta.

La prueba documental, en especial la de naturaleza contable, esgrimida con ocasión de la reclamación administrativa, que no ofrece motivos de reparo en cuanto a su eficacia y oportunidad, prueba hechos hasta ahora no analizados con el detenimiento requerido.

Se trata de piezas certificadas por el revisor fiscal de la sociedad que, en lo relativo a la exactitud de sus guarismos, se soporta en las declaraciones de renta por 1974 y 1975, pese a los yerros de cálculo de algunos porcentajes.

La primera, es una "cuenta de resultados 1975", coincidente con el "estado de ingresos y egresos enero-diciembre 1975", anexo 1-A de la declaración de esta anualidad, en la que se discriminan ventas, costos y gastos "con control de precios" y sin éste.

La segunda, una composición esquemática del "costo de salarios", incluidas prestaciones sociales, que revela el auge de la carga salarial y prestacional de una vigencia a otra.

La tercera, el costo comparado "de fabricación y venta unitario (sic) $/M2V", entre los mismos dos períodos, con discriminación de materias primas "asbesto, cemento y otras"), mano de obra y "otros costos", que muestra el incremento de los costos de fabricación y ventas de un año a otro.

La última, en cuadro de "precios unitarios de venta neta por grupos de productos", que contiene los precios promedio de venta 31 de diciembre de 1974 y en los meses de junio y noviembre de 1975, en los que, según se prueba, se autorizaron las alzas del 8% y 22%, respectivamente.

El siguiente, el resumen ajustado del crecimiento porcentual de costos y gastos, con inclusión del gasto financiero total de que dan cuenta las declaraciones de renta en mención:

Carga Laboral	1974		1975	
Sueldos y prestaciones	$ 11.276.863		$ 16.253.943	
Jornales y prestaciones:	17.437.956	$ 28.714.819	19.367.631	$ 35.621.574
Incremento neto: 24.05%				

Costos por Unidad Métrica Vendida				
De fabricación:	78.97		114.45	
De venta:	68.80	147.77	109.87	224.32
Incremento neto: 51.80%				
Costos Financieros				
Porcentualidad con los índices netos de ventas:				
Ventas netas:	$ 190.766.583		$ 150.507.222	
Gastos financieros:	17.595.042		53.419.943	
Relación...	9.27%		35.49%	
Incremento neto: 26.27%				
Incremento Global: 102.12%				

Aunque ya se anotó que las cifras y conceptos detallados, cuentan con respaldo en las declaraciones tributarias y la prueba documental aportada, aquellos merecen algunas observaciones:

Sobre la carga salarial y prestacional, habida la circunstancia de que en 1975 el número de trabajadores se redujo de 355 a 321, es evidente que la rata de incremento se aparta irracionalmente de la teoría convencional, según la cual, las presiones competitivas en el mercado laboral deben moderar el crecimiento de los salarios nominales, en la medida del aumento de la tasa de desempleo, no habiéndose acreditado, de otro lado, que la variación se hubiera visto forzada por el poder de negociación de los trabajadores o su sindicato.

En un mercado particularmente deprimido y regulado, que para el año en controversia apenas sí comportaba una "indexación" del 8%, el alza es ostensiblemente contraria a cualquier sana previsión y, en cuanto excede de dicha tarifa regulada oficialmente, no es admisible.

Respecto del endeudamiento en el mercado extrabancario, cabe anotar que, en ningún caso, las tasas de interés por encima de las autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tienen oportunidad alguna de ser reconocidas legalmente como costo o deducción y, obviamente, carecen de relevancia en resultado de las transacciones.

No habiéndose explicado ni demostrado la parte del endeudamiento extraordinario sujeta a la regulación de las autoridades monetarias, no es reconocible el índice de incremento de los costos financieros.

Se tiene, en síntesis, que la variación promedio aceptable del costo, registrada entre 1974 y 1975, es del 59.8%.

Así las cosas, con costos sostenidos de $ 155.047.079, cifra informada en 1974, frente a la drástica reducción de las ventas en 1975, que se contabilizaron por $ 150.507.222, el desfase de los resultados acusaría una tasa de menos 3.01%, que sumada al incremento promedio del costo, se ubicaría en menos 62.81%.

Esto quiere decir, que para que se hubiera conseguido, al menos, la reposición del costo, se tendrían que haber gestionado alzas en una proporción equivalente; mas, como las permitidas en el período, conforme a lo demostrado, fueron solamente del 30%, persistiría una tasa deficitaria de reditualidad del 32.81% que, se supone, debiera corresponder a la porcentualidad de la pérdida declarada por 1975.

No obstante, la relación entre las ventas declaradas en este año, $ 150.507.222, y los costos y gastos informados por el mismo, $ 179.758.666, es sólo de 19.43%.

Ahora bien, descartados, a propósito, coeficientes críticos, como las variaciones desmesuradas de salarios y costos financieros y explicada la dramática contracción de las ventas por la recesión en el sector de la construcción, que testimonian el director financiero y el revisor fiscal de la sociedad, sería aventurado deducir responsabilidad de los administradores de ésta, en el manejo irregular de negocios e inversiones.

Por ello, quedando por averiguar si el aumento de los precios de venta arriba del 62% en un sólo año, no hubiera afectado aún más la demanda, la tesis de que la regulación de precios fue causa eficiente de la productividad deficitaria, debe tenerse por demostrada.

b) *De la determinación del patrimonio afectado.*

Según se escribió al comienzo, la base que debía soportar la tasa de rentabilidad era, en el período ventilado, exclusivamente patrimonial, habiéndose instituido, como regla, desde la vigencia del Decreto 2247 de 1974, que esa tarifa fuese aplicable al patrimonio líquido del ejercicio inmediatamente anterior al gravable, excepto qué motivos de fuerza mayor o caso fortuito hubieran incidido en la menos productividad de aquél.

En tal caso, aunque el procedimiento aplicable no fuera particularmente explícito en aquellas primeras normas, resultaba claro que al contribuyente, probado el hecho excluyente y su incidencia, no le asistía otro derecho que el de reducir su activo líquido, primero, con el importe de la ganancia ocasional neta y, luego, en el equivalente a la fracción de aquel comprometida en el respectivo evento de fuerza mayor o caso fortuito.

Inicialmente, en el artículo 59 *ib.*, se dio a entender que la parte afectada, susceptible de detraerse, era la porción correspondiente del

patrimonio bruto. No obstante, los artículos 13 del Decreto 2348 de 1974 y 96 del Decreto 187 de 1975, introdujeron la figura del "patrimonio neto" no propiamente como creación del legislador o reglamentador de la época, sino como elaboración doctrinaria de esta Corporación, plasmada en la sentencia de 12 de diciembre de 1957, según la cual, para efectos fiscales se debía entender que el pasivo exigible en cierto año, afectaba proporcionalmente el total del activo declarado en el mismo, de suerte que el "valor neto excluible" de un determinado bien, no era más que el resultado de restar del valor patrimonial o bruto de éste, la parte proporcional que le correspondiera al mismo en el pasivo total.

Traduciríase lo anterior en que si, por caso, la serie de bienes del patrimonio bruto tuviera asignado un valor de 500, con deudas acumuladas por 100, el patrimonio líquido 400 representaría el 80% de aquél y, entonces, en lo sucesivo, el "valor neto" de cualquier bien de la serie, sería siempre el 80% del valor patrimonial o bruto de éste. Un activo afectado, o "excluible", con valor patrimonial 300, se restaría del total del patrimonio líquido por el 80%, esto es, por 240, en forma que el patrimonio líquido base de la presunción quedaría fijado en 160.

Por lo que atañe al "ingreso neto", se trataba, así mismo, de un concepto definido legalmente, entre otras disposiciones, por el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, y suficientemente conocido de todos por los días en que empezaban a correr los términos para presentar la declaración de renta por 1975.

Síguese, que la confrontación del "patrimonio neto" del año precedente con el "ingreso neto" del gravable y la determinación de las variables de relación porcentual existentes entre los mismos, era, antes que nada, un trabajo de interpretación lógica y de procedimiento aritmético, que no requerían especiales reglas de la ley o el reglamento, para su correcto entendimiento, y que, de suyo, eran practicables en el ejercicio controvertido.

No es rigurosamente exacto, pues, que la fórmula sugerida en el alegato de conclusión por el señor apoderado de la actora, como él mismo lo sostiene, se hubiera instituido por primera vez en el Decreto reglamentario 353 de 1984 y careciera de pertinencia en la cuestión de litis, primero, porque, según lo dicho, los elementos que la integran se habían definido y difundido ampliamente en la legislación pretérita y, además, fueron probados en juicio y, segundo, porque no sería ni legal ni constitucionalmente explicable que el reglamento excediera los presupuestos de la ley reglamentada con "creaciones" no contempladas en ésta.

Pues bien, normalmente la parte del activo afectada por un sistema de precios vigilados, está conformada por el inventario de mercancías y los bienes vinculados a activiades industriales y comerciales.

En el caso en examen, si bien es fácilmente determinable el primer ítem, no lo son los dos restantes, puesto que en la declaración de renta no aparecen singularizados como tales, siendo manifiesto, en cambio, el nexo simultáneo de los mismos con actividades afectadas y no afectadas por las medidas oficiales.

Deben, por tanto, conjugarse entre sí los elementos netos del patrimonio y el ingreso conocidos, con arreglo a las hipótesis numéricas propuestas que, en suma, redundan en estos resultados:

a) La relación porcentual existente entre el patrimonio bruto y el patrimonio líquido, declarados en 1974, respectivamente, por $ 489.480.159 y $ 296.856.968, es del 60.647395515%, de modo que si se hubiera probado la total vinculación del activo bruto a las actividades reguladas oficialmente, ciertamente no habría base numérica para la aplicación de la tarifa mínima de rentabilidad, ya que el "valor neto excluible" del valor patrimonial (o bruto) de los bienes, sería exactamente igual al del patrimonio líquido del cual debería restarse aquel, es decir, $ 296.856.968.

b) El cociente entre los ingresos netos afectados por la regulación de precios y los ingresos netos totales, declarados en 1975 y certificados por el revisor fiscal de la sociedad "en miles de pesos", en su orden, por $ 155.688 y $ 166.130, es 0.93714560886%.

c) El valor patrimonial neto del activo bruto o total, según a), de $ 296.856.968, se multiplica por el cociente b), con lo cual se obtiene la cantidad de $ 278.198.204, que es el valor de la parte excluible o no sujeta a presunción.

d) Por consiguiente, habiéndose determinado oficialmente, como patrimonio líquido base de la tarifa de renta presuntiva, la suma de $ 296.856.968, se sustrae de ésta la establecida fracción excluible, para una base definitiva de $ 18.658.764.

e) Se tiene, finalmente, que impuesta ésta a la tasa del 8%, la renta líquida por presunción es de $ 1.492.701.

Desde luego, el reconocimiento hecho en la sentencia de primer grado de las rentas exentas y los descuentos tributarios, se mantiene sin ninguna restricción, pues no es objeto de controversia. En lo demás, el recurso está llamado a prosperar y se debe revocar en parte la sentencia, en desacuerdo con la fiscalía, por encontrarse fundados los cargos de violación aducidos en el libelo acusatorio, especialmente los referidos a la desestimación de la prueba contable.

Procede, por tanto, la práctica de la siguiente nueva liquidación por el sistema de presunción:

ETERNIT PACIFICO, S. A.
Nit: 90.301.829
AÑO GRAVABLE: 1975

Concepto	*Base imponible*	*Impuesto*
Renta líquida presuntiva:	$ 1.492.701	
Menos: Rentas exentas, según fallo atacado:	632.145	
Renta gravable e impuestos, a la tasa del 40%...	$ 860.556	$ 344.222
Menos: Descuentos tributarios, según fallo atacado:		$ 364.119
Total a cargo...		—0—
Por restituir...		$ 19.897

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase parcialmente la sentencia apelada.

En su lugar, modifícase la liquidación del impuesto sobre la renta a cargo de la sociedad Eternit Pacífico, S. A., Nit 90.301.829, por el año gravable de 1975.

Como consecuencia, se declara que la citada sociedad no está obligada a pagar impuesto alguno, por el concepto y ejercicio fiscal reseñados antes.

Fíjase en la cantidad de diecinueve mil ochocientos noventa y siete pesos ($ 19.897), el valor a restituir a dicha sociedad en el período, sin perjuicio de otras cantidades dinerarias que, por retenciones en la fuente y anticipo por 1975, se encontraren a cargo de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, una vez ejecutoriada esta providencia.

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, presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/BASE GRAVABLE/DOBLE TRIBUTACION

Doctrinariamente no se puede afirmar que se produce una doble tributación porque la falta de uno de sus elementos esenciales cual es la identidad del sujeto activo, puesto que se trata de distintos municipios, sí se produce en realidad un incremento ficticio y final de la base gravable en cabeza del mismo sujeto: una vez en el municipio en donde tiene la fábrica y otra en aquellos en donde distribuye sus productos.
(Ejercicio fiscal de 1980).

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Base para la actividad industrial, reitera jurisprudencia para excluir ventas gravadas en otros municipios en donde está la fábrica.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., catorce de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0160. Actor: Cementos El Cairo S. A., contra Municipio de Montebello. Impuestos (Industria y Comercio). Fallo.

Una vez reconstruido el expediente original que fue destruido en el nefando asalto al Palacio de Justicia en noviembre de 1985, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Sociedad Cementos El Cairo S. A., con domicilio en Medellín, contra la sentencia de 13 de septiembre de 1982 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

El fallo apelado fue adverso a las pretensiones de la demanda, tendientes a lograr la modificación de la liquidación del impuesto de industria y comercio por el ejercicio de 1980, determinado por el Municipio de Montebello, lugar donde se encuentra la planta fabril de la actora.

La liquidación que se dijo practicada conforme a los ordenamientos del Acuerdo 12 de 6 de agosto de 1977 —estatuto orgánico de tal impuesto en Montebello— fue impugnada básicamente con los siguientes argumentos: para el aforo del gravamen sólo puede tomar en cuenta el valor total de las ventas de cemento efectuadas dentro de los límites territoriales, previa deducción de la suma que corresponda a la actividad minera, la cual está exenta del impuesto (Ley 33/16); al gravar como lo hizo del total de las ventas brutas, incurrió en ilegalidad puesto que gravó tanto la parte del proceso productivo que se realiza fuera de su jurisdicción territorial, como también las ventas cumplidas más allá de sus límites, propiciando así una doble imposición. Sobre este particular la misma sentencia da cuenta del documento aclaratorio de la empresa certificado por el revisor fiscal que arroja las siguientes informaciones:

Producto	*Lugar de la venta*	*Toneladas*	*Valor*
Cemento	Medellín	344.373.221	627.885.198.97
Cemento	Montebello	75.644.200	134.498.055.15
Caliza	Montebello	6.705.900	1.676.475.00
Cemento	Consumo en fábrica	96.200	82.093.23
	Total ventas:		764.141.822.35

También se impugnó la liquidación por vicios en el trámite administrativo y falta de motivación de la resolución que cerró la vía gubernativa.

Con apoyo en concepto del fiscal desfavorable a la demanda, el *a quo* negó las pretensiones en forma similar al fallo correspondiente a la demanda que sobre el mismo tema presentó por el año de 1979, a saber:

—El trámite administrativo se ciñó a las previsiones del Acuerdo 12 de 1977 que, se encontraron ajustadas a las del Decreto 2733 de 1959 (sentencia de 25 de julio de 1980) y la Resolución 002 de 1980 se encontró suficiente aunque con tímida motivación.

El concepto fiscal:

La Fiscal Sexta doctora Dolly Pedraza de Arenas en análisis que parcialmente compartirá la Sala, descarta los cargos relativos al procedimiento gubernativo, a la falta de motivación de la Resolución 002 de 1980 y a la subsistencia de la prohibición de gravar la extracción de los bienes muebles o semovientes, según el artículo 4º de la Ley 33 de 1916.

Es de la misma opinión del Tribunal respecto a la legalidad del cobro del impuesto por la actividad industrial sobre el total de las ventas brutas, sin distingos y a favor del municipio en donde se encuentre ubicada la fábrica. Inicia el análisis de la situación precisando conceptos sobre la "materia imponible" constituida por la actividad industrial, comercial o de servicios; "la base imponible" como elemento que sirve para cuantificar el gravamen valorando la materia imponible y afirmando que la "territorialidad" del tributo se predica de la materia imponible no de la base gravable. Hechas estas precisiones, manifiesta que "es evidente que un municipio no puede gravar hechos que no se realicen en su territorio, pero sólo puede entenderse que grava hechos extraños a él cuando la materia imponible (hecho gravado) se realiza fuera de sus límites. Si la actividad industrial, comercial o de servicios (hecho gravado) se realiza dentro del municipio, el gravamen procede independientemente del sitio en que se realice el hecho constitutivo de la base gravable.

"Resulta entonces diferente el tratamiento que debe darse a la actividad comercial del que se impone para la actividad industrial. Para la actividad industrial, si ésta acaece dentro del municipio, la cuantificación no tiene en cuenta el sitio de la comercialización, que sí es determinante para la actividad comercial, toda vez que si las ventas se realizan fuera del territorio del municipio, la actividad comercial es foránea y no puede gravarse legítimamente".

Considera por otra parte, que el problema de la doble tributación es más teórico que real, pero si realiza actividad industrial en un municipio tributará en él como industrial y si comercializa en otros, tributará en éstos como comercial.

Critica un fallo de esta misma Sección (núm. 129 junio 5 de 1987) que se allegó al expediente por considerar que en él se confundieron los elementos del impuesto: "la materia imponible es la que debe gravar la municipalidad y ella es la actividad, no la venta ni el consumo. Si bien en la actividad comercial coincide ésta con la venta, en la industria se diferencia y la comercialización sólo se tiene en cuenta para la determinación de la base gravable, una vez realizado el hecho imponible".

Consideraciones de la Sección:

1º Proceso gubernativo incorrecto.

El cargo de ilegalidad del procedimiento señalado en el Acuerdo número 12 de 1977 y seguido en este proceso no es aceptable, no sólo por presumirse legal al tenor de lo dispuesto por el artículo 192 de la Constitución Nacional, sino porque según información del mismo

Tribunal constituye cosa juzgada por haber sido denegada su nulidad en acción pública en fallo de 25 de junio de 1980 del mismo Tribunal, en el cual se debió su contrariedad con el artículo 19 del Decreto 2733 de 1959.

2º Ausencia de motivación del acto.

Si bien es cierto que los muy sintéticos considerandos de la Resolución número 002 de 1980 no estuvieron a la altura y digna atención del alegato y de las pruebas de la actora, no puede llegarse a la conclusión de una ausencia total de motivación. Los considerandos para denegar el recurso de reposición consignados en ella no obstante su simplicidad, son entendibles.

3º Exoneración a la extracción de bienes.

La jurisprudencia ha reiterado que el artículo 3º de la Ley 29 de 1963 reguló para el futuro las exoneraciones del impuesto de industria y comercio que podían conceder los concejos municipales, precisando además que en cuanto a las prohibiciones de gravar sólo subsistían los consagrados en las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 sobre gravámenes a la producción agrícola y ganadera y el tránsito de productos alimenticios. No estando mencionada la del artículo 4º de la Ley 33 de 1916 alegada por la actora, no es posible acceder a su pretensión.

4º Base del impuesto de industria y comercio en el caso de la actividad industrial.

Para la Sala ha sido clara la necesidad de no confundir elementos configurativos del gravamen de tanta trascendencia como la "materia" y la "base" imponibles: la primera constituida por el ejercicio de una actividad económica y la segunda como elemento adoptado para valorarla o medirla.

Pero también ha tenido presente otros elementos como el "sujeto pasivo" respecto del cual se predica la realización del hecho imponible, y en cuya cabeza debe reunirse la obligación tributaria en su condición de contribuyente y la medida proporcional al hecho generador que establezca la ley.

En consideración a tales elementos también ha estimado que el factor de la territorialidad o competencia limitada de las entidades municipales no puede influir hasta el extremo de justificar un tratamiento diferente a la actividad industrial de la actividad comercial o de servicios, con el resultado práctico de una elevación del gravamen total en cabeza del mismo sujeto, producida por un doble, triple o múltiple cómputo en la base.

Aunque doctrinariamente no se puede afirmar que se produce una doble tributación porque falta uno de sus elementos esenciales cual es la identidad del sujeto activo, puesto que se trata de distintos municipios (independientes jurídica y físicamente), sí se produce en la realidad un incremento ficticio y final de la base gravable en cabeza del mismo sujeto: una vez en el municipio en donde tiene la fábrica y otra en aquellos en donde distribuye sus productos. La multiplicidad de gravámenes en distintos municipios sobre la misma "base" o medida, constituida por el ingreso por ventas de un mismo contribuyente, es un fenómeno real que mal puede desconocerse en la labor jurisdiccional de interpretación.

Tales circunstancias son en apretado resumen las que han movido a la Sala a aceptar en casos concretos la exclusión de la base imponible de industriales algunos de sus componentes. Se recuerdan los siguientes: Juicio número 854 fallo de 12 de julio de 1968 (Anales/68 Tomo 75); expediente número 0129, junio 5 de 1987 actor: Cementos El Cairo; número 0163 fallo de 11 de marzo de 1988 el mismo actor; número 0236 de octubre 21 de 1988, fábrica de Café La Bastilla.

Con base en el criterio expresado y justificativo de la jurisprudencia ya reiterada, la Sala procede a examinar los principales aspectos probatorios del caso que se resuelve en esta oportunidad.

Dan cuenta los autos que los datos inicialmente transcritos en esta providencia sobre cantidades, valores y lugares de ventas certificadas por el revisor fiscal, fueron confirmadas por los peritos que designó el Tribunal, con base en los cuales la Sala acepta el cargo de violación del Acuerdo 12 de 1977 (en especial su art. 1º) de Montebello, en razón de haber computado dentro de la base las comprobadas "ventas en Medellín", respecto a las cuales el revisor fiscal de la Compañía de Cementos Argos S. A., certifica haber pagado al Municipio de Medellín $ 2.489.505 por cuenta de Cementos El Cairo S. A. En consecuencia, toma los demás datos como elementos integrantes de la base, sin excluir los de consumo interno y caliza, así:

Ventas en Montebello	Tons.	75.644.2	$ 134.493.538
Para el consumo interno	"	96.2	82.093
Caliza vendida	"	6.705.9	1.676.475
	Total ventas		$ 136.252.106

136.252.106/12 × 4 por mil = 45.417 mensual

Total anual $ 545.008

A folios 102 a 115 existen fotocopias autenticadas por notario de los comprabantes de caja de la Tesorería de Montebello que acredi-

tan pagos y abonos al impuesto de industria y comercio por el año de 1980 así:

Número	*Fecha*			*Período*	*Valor*
	Día	*Mes*	*Año*		
6038353	5	12	80	Diciembre 80	$ 254.713.94
6038135	6	11	80	Noviembre	254.713.94
6037977	10	10	80	Octubre	254.713.94
6037756	8	9	80	Septiembre	254.713.94
6037487	9	8	80	Agosto	254.713.94
6037183	3	7	80	Julio	254.713.94
6036991	9	6	80	Junio	254.713.94
6036605	8	5	80	Mayo	195.133.00
6036835	29	5	80	En mayo (mayor valor)	297.904.70
6036465	24	4	80	Recargos	—0—
6036380	17	4	80	Abril	195.133.00
5568427	6	3	80	Marzo	195.133.00
5567998	7	2	80	Febrero	195.133.00
5567495	7	1	80	Enero	195.133.00
				TOTAL	$ 3.056.567.28
Como se liquida a su cargo					545.008.00
Resulta un saldo a su favor de					$ 2.511.559.28

En mérito de 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:

1º *Revócase* la sentencia de 13 de septiembre de 1982 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el juicio de revisión del impuesto de industria y comercio que por el año de 1980 le liquidó el Municipio de Montebello a la demandante Cementos El Cairo S. A., con domicilio en Medellín.

2º En su lugar *Revísase* la mencionada liquidación y *Fíjase* en cuarenta y cinco mil cuatrocientos diez y siete pesos ($ 45.417) mensual, para un total de quinientos cuarenta y cinco mil ocho pesos moneda corriente ($ 545.008.00) el mencionado gravamen por el ejercicio de 1980, conforme a la liquidación incluida en la parte motiva.

3º Mediante los trámites administrativos de rigor la Tesorería Municipal de Montebello (Antioquia) *Devolverá* o abonará en cuenta a la sociedad Cementos El Cairo S. A., (Registro Mercantil 21-01126-4 de Medellín) la suma de dos millones quinientos once mil quinientos cincuenta y nueve con veintiocho centavos ($ 2.511.559.28) como exceso de lo pagado o abonado por concepto de impuesto de industria y comercio por el año de 1980 según la liquidación y recibos de pago indicados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, presidente de la Sala; ausente. *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

EXENCIONES ADUANERAS/CARBOCOL-Exención tributaria

Es cierto que con la expedición de la Ley 68 de 1983 se quiso por el legislador que las entidades públicas pasaran a ser sujetos gravables del impuesto del 2% sobre el valor CIF de sus importaciones y ello condujo irremediablemente a la pérdida de la respectiva exención. Empero, no es menos cierto que en el caso de CARBOCOL, con relación a las importaciones de bienes cuyo destino sea el señalado en la Ley 61 de 1979, la exoneración subsiste al igual que subsiste para las demás personas públicas o privadas que entren en la hipótesis normativa de dicha ley.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente número 2134. Actor: Carbones de Colombia S. A., "CARBOCOL". Impuestos. Apelación de la sentencia de 10 de marzo de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal de impuestos de importación, contenido en el manifiesto número 0043 de marzo 13 de 1986. Fallo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Carbones de Colombia S. A. "CARBOCOL" contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira el 10 de marzo de 1988.

Antecedentes:

La empresa demandante entabló acción de restablecimiento del derecho de carácter fiscal contra la liquidación de impuestos contenida en el manifiesto de importación número 0043 de marzo 13 de 1986. Por medio de la demanda se pretendió la nulidad parcial de la citada liquidación, practicada por la Aduana de Riohacha, en cuanto "incluye indebidamente el denominado impuestos (sic) de Fondos Comunes (2% del valor CIF), cuya exoneración ya fue reconocida por la Sección de Exenciones de la Dirección General de Aduanas".

A título de restablecimiento pidió la demandante la devolución de $ 1.280.382 pagados por el impuesto en referencia, junto con los intereses comerciales corrientes causados desde que "se consignaron los impuestos ilegalmente cobrados, o sea, desde el 12 de marzo de 1986".

Como razones de la violación se adujo que por medio del artículo 2º de la Ley 61 de 1979 se exoneró del pago de impuestos de aduana la importación de equipos, maquinarias y repuestos a ser utilizados directa y exclusivamente en la exploración, explotación, beneficio y transformación del carbón mineral y que no obstante tal exoneración, la Aduana de Riohacha cobró los impuestos correspondientes por medio de la liquidación acusada.

El Tribunal *a quo* dispuso negar tales pretensiones asumiendo que: "no cabe duda alguna que la empresa Carbones de Colombia S. A., CARBOCOL sí es sujeto pasivo del impuesto sobre el valor CIF de las importaciones que realice en (sic) el país o de lo contrario la misma ley la habría exonerado conforme lo hizo con ECOPETROL y con las entidades públicas que importen alimentos". A esta conclusión llega la sentencia luego de analizar lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 68 de 1983, que luego de reestructurar y elevar la tarifa del impuesto llamado de Fondos Comunes, en el artículo 1º, señaló que todas las entidades del Estado del orden nacional, departamental, municipal, distrital, intendencial y comisarial, quedarán sujetas al pago de dicho impuesto a partir de 1º de enero de 1984 y que sólo quedaban exoneradas las importaciones de ECOPETROL y las de alimentos, cualquiera fuera la entidad pública que las realizara.

La apelación:

Los motivos y razones que sustentan la apelación se resumen en los siguientes puntos:

> "1. La sentencia no tuvo en cuenta los argumentos ofrecidos en la demanda. En efecto ésta se limita a considerar que la Ley 68 de 1983 hace sujeto de los impuestos de importación a todas las entidades del Estado y por este hecho deroga, según el Tribunal todas las exenciones previas con carácter especial.
>
> "2. Sin embargo, como se expuso en la demanda, la Ley 68 de 1983 sólo derogó la exención personal de que gozaban las entidades del Estado por el hecho de ser estatales, pero de ninguna manera acabó con las exenciones distintas que pudieran gozar las entidades estatales no ya por el hecho de ser oficiales sino por realizar una actividad específica exencionada o por importar bienes para una determinada zona geográfica.

"3. La Ley 68 de 1983, resulta una ley general en cuanto suprima exenciones para entidades estatales en calidad de tales y, por lo tanto, no pudo haber derogado una ley especial sobre exenciones para la industria del carbón, consagradas en la Ley 61 de 1979.

"4. Según las consideraciones del Tribunal, se llegaría al absurdo planteamiento que mientras las entidades privadas si gozan de las exenciones especiales de la ley del carbón, las entidades públicas en igualdad de circunstancias deberían pagar los impuestos, estando así el propio Estado en situaciones de desigualdad a través de sus entidades, ante una misma situación de hecho, lo que quiere decir que sólo los particulares más o no el Estado podrían desarrollar de manera rentable la actividad carbonífera" (fl. 108).

Los anteriores argumentos fueron ampliados en memorial sustentatorio de la apelación en que se enfatiza el carácter objetivo y no subjetivo o personal de la exención consagrada para la industria del carbón por la Ley 61 de 1979.

El concepto fiscal:

Emitido por el Fiscal Tercero de la Corporación, doctor Jaime Ossa Arbeláez, concluye pidiendo la confirmación de la sentencia apelada pues considera que como CARBOCOL es entidad del Estado, todas sus importaciones quedaron sujetas al pago del impuesto cuya exoneración se discute, por cuanto con la expedición de la Ley 68 de 1983 las exenciones del mismo para entidades del sector público fueron eliminadas, salvo en lo tocante a las importaciones de ECOPETROL y las de alimentos realizadas por entidades oficiales.

Consideraciones de la Sección:

Considera conveniente la Sala, ante todo precisar que nuestro sistema impositivo aduanero es bastante caótico por deficiencias en la legislación que lo contiene, la cual podría calificarse de dispersa, confusa y plagada de ambigüedades. La terminología asaz imprecisa no permite diferenciar vocablos o expresiones como "gravámenes arancelarios", "impuestos a las importaciones", "derechos aduaneros", "impuestos de aduana", "derechos arancelarios", etc., los cuales se utilizan indistintamente en las normas sin la debida y necesaria conceptualización. Tal confusión es tanto más negativa cuando se trata de establecer el alcance de las exenciones o exoneraciones ya que en ocasiones no es fácil para el intérprete determinar a qué monto o de qué clase o clases de impuestos está exonerada una mercancía o una persona.

En el caso examinado, la Ley 61 de 1979 al consagrar exenciones aduaneras para la industria minera del carbón utilizó la expresión "impuestos de aduanas" la cual no deja duda, si se considera la definición de tal vocablo contenida en el artículo 2º de la Ley 79 de 1931 (vigente entonces), que la exención cubre todos los impuestos que se generen con motivo de la importación, tanto los arancelarios, como los llamados para-arancelarios, entre los cuales se halla clasificado el que en esta oportunidad es objeto de análisis.

Por tanto, se puede afirmar como conclusión previa que CARBOCOL S. A., así como cualquier persona pública o privada, dedicada a la actividad de minería del carbón, fue eximida del pago de toda clase de impuestos por las importaciones realizadas para el desarrollo directo y exclusivo de esa actividad, incluido el impuesto del 2% sobre el valor CIF de las mismas, o de Fondos Comunes, como también se le denominó.

Ahora bien, se tiene que por lo general es posible clasificar las exenciones aduaneras en cuatro grandes grupos: las que se conceden en razón de la persona que realiza la importanción (p. ej. entidad pública, diplomático) que normalmente cubre todos los bienes que importa dicha persona y puede referirse a todos los impuestos o sólo a alguno o algunos de ellos, conforma el primer grupo. El segundo se integra por las que se otorgan en razón de la naturaleza de los bienes a importarse (ciertas materias primas, bienes de capital para el agro, etc.) independientemente de la persona que efectúe la importación. Y el tercer grupo se conforma por las que se otorgan a los bienes según su destinación económica. Un posible cuarto grupo estaría conformado por las exenciones que se dan por el origen de los bienes (Pacto Andino, p. ej.). No cabe duda que la exención consagrada por la llamada ley del carbón (Ley 61 de 1979) corresponde a las del tercer tipo, ya que ella se otorga a los bienes que se destinen directa y exclusivamente a actividades propias de la minería, siendo para el efecto de su concesión indiferente la calidad de la persona que realice la importación, que puede ser entidad pública o privada, persona natural o moral, industrial o comerciante, empresa nacional, extranjera o mixta, etc.

Es igualmente válido afirmar que en una misma persona o con relación a un mismo tipo de bienes pueden concurrir varias circunstancias de exoneración como sería el caso, por ejemplo, de una importación de trigo originario del Grupo Andino (exento) realizada por el IDEMA (entidad pública exenta). En estos casos, al no darse la exención por una de las varias circunstancias concurrentes, tendría que darse por la otra u otras.

En el *sub judice* está claramente establecido que hasta el 1º de enero de 1984, fecha en que quedaron eliminadas las exenciones del impuesto de Fondos Comunes por disposición de la Ley 68 de 1983,

CARBOCOL S. A., gozaba de exención aduanera en relación con todos los impuestos de esta clase (arancelarios y para-arancelarios) para los bienes que importara con destino a las actividades de la minería del carbón, originada en dos circunstancias concurrentes: La de ser entidad pública (que le determinaba una exención general —sobre todo tipo de bienes y en relación con todos los impuestos aduaneros, incluido el que se discute—) y la del destino o utilización de los bienes (minería del carbón). Es cierto que con la expedición de la Ley 68 de 1983 se quiso por el legislador que las entidades públicas pasaran a ser sujetos gravables del impuesto del 2% sobre el valor CIF de sus importaciones y ello condujo irremediablemente a la pérdida de la respectiva exención. Empero, no es menos cierto que en el caso de CARBOCOL, con relación a las importaciones de bienes cuyo destino sea el señalado en la Ley 61 de 1979, la exoneración subsiste al igual que subsiste para las demás personas públicas o privadas que entren en la hipótesis normativa de dicha ley. Se dio aquí el caso de que desapareció una de las circunstancias concurrentes determinantes de la exención, pero sigue existiendo otra que no es de carácter personal o subjetiva, sino como ya se explicó, objetiva, generada por la destinación económica de los bienes y aplicable sin que cuente para ello, la calidad de quien efectúa la importación.

Pero es más, admitir que la pérdida de la exoneración de CARBOCOL S. A., originada en su condición de entidad pública implica la pérdida de exoneraciones que dicha empresa pudiera tener por razón de otras circunstancias, conduciría a extremos absurdos como el de afirmar que los bienes originarios del Grupo Andino que tengan por la ley el carácter de exentos (destinados o no a actividades de minería del carbón) que importe CARBOCOL S. A., deben gravarse con el impuesto tantas veces mencionado, por ejemplo.

De tal manera pues, que la Sala, hecho el anterior análisis no puede compartir el criterio expuesto por el Tribunal de la Guajira, que es en esencia el mismo que expone el distinguido colaborador fiscal y por lo tanto habrá de revocar la sentencia apelada y accederá a las súplicas de la demanda, esto es, modificando la aludida liquidación y ordenando la devolución solicitada junto con los intereses comerciales correspondientes en los términos del artículo 140 del C. C. A.

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 marzo 10 de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

Modifícase la liquidación contenida en el manifiesto de importación número 0043 de marzo 13 de 1986 de la Administración de la

Aduana de Riohacha y en el comprobante de rentas por cobrar de abril 22 de 1986 en cuanto determinó cobrar a CARBOCOL S. A., la cantidad de $ 1.280.382 por concepto de impuesto del 2% sobre el valor CIF de cuyo pago la citada sociedad se encontraba exenta por disposición de la ley.

Ordénase la devolución a favor de CARBOCOL S. A., de la suma de $ 1.280.382 (un millón doscientos ochenta mil trescientos ochenta y dos pesos) más los intereses comerciales causados.

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; ausente. *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LIQUIDACION DE REVISION / NOTIFICACION / REPOSICION DE TERMINOS

Los errores que ocurran involuntariamente por parte de la Administración cuando envía la notificación a una dirección equivocada ya no genera preclusión de toda actividad administrativa si ya han transcurrido los dos años que señalaba el Decreto 1651 de 1961, sino genera la reposición de términos a favor del contribuyente para que éste pueda interponer los recursos a que haya lugar. (Ejercicio fiscal de 1974).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 0170. Actor: Barberena Hermanos Ltda. contra la Nación. Impuestos. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por medio de apoderado, por la sociedad Barberena Hermanos Ltda., contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 13 de noviembre de 1984, que determinó el impuesto sobre la renta y complementarios a cargo de la citada sociedad por el año gravable de 1974. El expediente fue reconstruido mediante auto de 20 de octubre de 1987. Por tanto procede decidir el recurso invocado.

Antecedentes:

La demandante presentó su declaración de renta y complementarios por el año de 1974 en la Administración de Impuestos Nacionales de Cali y radicado bajo el número 04018 de mayo 5 de 1975 —DIN— Cali.

La División de Auditoría de la citada administración le practicó inspección contable (fls. 42 a 55), luego de la cual le fue practicada la liquidación de revisión número 0936 de 4 de mayo de 1977, la que fue impugnada en la vía gubernativa por medios de los recursos de reposición, desatado por Resolución número 0107 de 6 de febrero de 1979, y de apelación fallado por Providencia número 01566 de 1º de

junio de 1979 notificada por edicto desfijado el 16 de los mismos mes y año y que agotó la vía gubernativa.

Dentro de la oportunidad legal se demandó, en acción de revisión de impuestos, la operación administrativa por medio de la cual se le determinó el impuesto sobre la renta y complementarios por el año mencionado. Invocó, expuso y explicó el concepto de violación de los artículos 49 del Decreto 1651 de 1961, 17 del Decreto 2821 de 1974 y 9º de la Ley 8ª de 1970.

Planteó como motivo principal de la acción el silencio administrativo positivo y lo hizo consistir en el hecho de haberse enviado la notificación a una dirección errada cuando ha debido enviarse a la "carrera 3ª número 12-77 o sea la informada en el memorial de reclamación presentado el 18 de julio de 1977".

Consideró el Tribunal que a partir del Decreto 2821 de 1974, la Administración Tributaria no estaba obligada a efectuar las notificaciones conforme lo disponía el artículo 49 del Decreto 1651 de 1961, sino como lo ordena el artículo 17 del Decreto 2821 de 1974 en concordancia con los artículos 64 y 65 de la Ley 52 de 1977, concluyendo "que la dirección informada para efectos de notificación no debe mezclarse con otros asuntos" por lo cual no consideró valedero el argumento sobre dirección contenido en el memorial de reclamación de julio 18 de 1977.

La actora formuló, igualmente peticiones subsidiarias relativas a rechazos en la cuenta costo de ventas los que no aceptó el *a quo* por no aparecer debidamente comprobados (fls. 3 a 10).

La apelación:

La actora concreta la apelación (fls. 15 a 16) al hecho de haberse notificado la Resolución número 01566 de 1º de junio de 1979 mediante requerimiento previo enviado a la calle 3ª número 12-77 oficina 301, cuando "como lo demuestra con el certificado expedido por la Administración de Impuestos Nacionales de Cali y con las fotocopias del anexo número *1 Dirección,* que se considera parte integral de la misma declaración de renta se informó que la dirección era carrera 3ª número 12-77, oficina 301 y no calle 3ª número 12-77 oficina 301" la que nunca se informó y que es esencialmente diferente. Agrega luego: "En las anteriores circunstancias corresponde al honorable Consejo de Estado decidir si la notificación mal hecha no produjo el efecto legal correspondiente y en consecuencia revocar la sentencia de primera instancia porque así se operó el silencio administrativo de carácter positivo en favor de la sociedad..."

El Ministerio Público:

Pide que se tengan como ciertos los hechos motivo de la litis tal como lo expresó el *a quo* en la sentencia apelada. Transcribe y co-

menta el artículo 17 del Decreto 2821 de 1974, vigente al momento de la citación al igual que la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 23 de agosto de 1979, consejero ponente: doctor Enrique Low Murtra, de la que se concluye que el error involuntario por parte de la administración al enviar la notificación a una dirección equivocada "no genera preclusión de toda actividad administrativa si ya han transcurrido los dos años que señalaba el Decreto 1651 de 1961", sino que da lugar a la reposición de términos para que el contribuyente pueda invocar los recursos a que haya lugar.

Considera que aún en el caso de notificación irregular por edicto, hubo decisión expresa con la cual no se vulneró el derecho de defensa y por tanto no se generó el silencio administrativo positivo.

Consideraciones de la Sala:

El artículo 17 del Decreto 2821 de 1974 norma vigente al momento de enviar la citación para notificarse de la Resolución número 01566 de 1º de junio de 1979 que agotó la vía gubernativa, dispone:

"Para efectos fiscales, el contribuyente deberá fijar una dirección en cada declaración de renta o de ventas que presente".

"Cuando la liquidación se hubiere enviado a una dirección distinta de la registrada o de la posteriormente informada por el contribuyente habrá lugar a corregir el error, en cualquier tiempo, enviándola a la dirección correcta. En este último caso, los términos legales sólo comenzarán a correr a partir de la notificación en debida forma".

"La misma regla se aplicará en lo relativo al envío de *citaciones*, requerimientos y otros comunicados" (subrayas de la Sala).

Así mismo el artículo 64 de la Ley 52 de 1977, enseña:

"Los contribuyentes informarán su dirección en sus declaraciones tributarias o en forma especialmente diseñadas al efecto por la Dirección General de Impuestos Nacionales".

Es evidente, como lo ha sostenido la Sala que en los casos de reconstrucción en los cuales no obren en el expediente todos los documentos, pruebas y elementos de juicio aportados con motivo de la acción tramitada ante el Tribunal correspondiente la Corporación da pleno crédito a lo dicho en la sentencia motivo de la alzada.

La actora ataca la sentencia por afirmarse en ella "que cuando se envió la citación para la notificación de la Resolución número 0166 (sic) debió citarse 01566 —de junio 1º de 1979 presumiblemente ya se había presentado la declaración de renta de 1978, entonces ésta

sería la última dirección vigente por la referida notificación en caso de que hubiera habido cambio".

La prueba aportada al proceso, para desvirtuar esta afirmación visible a folio 11, consistente en la certificación del jefe de la Sección de Archivo de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, demuestra las direcciones registradas para efectos fiscales en general, mas no para la citación enviada en el caso concreto, equivocada como lo ha pretendido la actora. Tampoco lo son las obrantes a folios 12 a 14 del expediente".

En un caso similar, el Consejo de Estado en sentencia de 23 de agosto de 1979, consejero ponente: doctor Enrique Low Murtra, al referirse a la aplicación del artículo 17 del Decreto 2821 de 1974, dice:

"...el efecto que se establece en la nueva norma consiste en que se reponen los términos tanto para el contribuyente como para la administración".

"Los errores que ocurran involuntariamente por parte de la Administración cuando envía la notificación a una dirección equivocada ya no genera preclusión de toda actividad administrativa si ya han transcurrido los dos años que señalaba el Decreto 1651 de 1961, sino genera la reposición de términos a favor del contribuyente para que éste pueda interponer los recursos a que haya lugar".

Lo dicho en la sentencia anterior conlleva para la demandante el derecho a invocarlo en su favor en su debida oportunidad, pero de ninguna manera el error de la dirección en la citación para notificar trae como consecuencia preclusión de la actividad de la Administración si el término previsto en el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 ya ha precluido.

Tampoco ha demostrado la actora error en la notificación por edicto. Por tanto dicho acto está amparado por la presunción de legalidad y ello es tan cierto que una vez surtida, la demandante hizo uso de su derecho de defensa interponiendo oportunamente la acción contenciosa respectiva ante la jurisdicción.

No probada la irregularidad señalada tampoco puede prosperar el recurso invocado.

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 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, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

REQUERIMIENTO ESPECIAL-Características

El requerimiento especial no es un procedimiento formulario de aviso de propósitos genéricos o indeterminados de la Administración, sino la manifestación expresa y concreta de la voluntad de ésta, que se tradúce en un acto administrativo formal y materialmente apto "per se" *para producir efectos en derecho, por la exacta individualización de sus estipulaciones o disposiciones y de las razones que mueven a las mismas, entre otras características. (Ejercicio fiscal de 1979).*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1808. Apelación sentencia de marzo de 1987 del Tribunal de Cundinamarca, juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal por el año gravable de 1979. Actor: Hilda Mishaan de Douer. Fallo.

Se conoce, en apelación, el recurso intentado en términos, mediante apoderado, por la contribuyente, señora Hilda Mishaan de Douer, la actora, contra la sentencia de 24 de marzo de 1987, adversa íntegramente a las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento promovido contra actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta y complementarios del período impositivo de 1979.

Antecedentes:

Son actos acusados, la liquidación de revisión número 503380 de 5 de octubre de 1982 y la Resolución número 1827 de 4 de septiembre de 1984, expedidos, en su orden, por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, éste, en surtimiento del recurso administrativo existente.

Al primero, había precedido el requerimiento especial número 5012 de 18 de mayo de 1982, producido por la Sección de Auditoría

de la susodicha Administración, que propuso la modificación de "sus aportes, superávit y/o participaciones, de conformidad con las liquidaciones de revisión que se les efectuaren a las sociedades TEXTILES GLOVER SOC. LTDA. NIT: 60.040.647 y JOSE DOUER & CIA. S. C., NIT: 60.040.471, a las cuales ya se le (sic) practicaron los requerimientos especiales números 2803 de 5-II-82 y 3789 de 23-III-82, por el año gravable de 1979..." (mayúsculas en el texto transcrito).

Dijo la contribuyente, con la contestación del requerimiento, que en cuanto éste se fundaba en "meras suposiciones", sin especificación acerca de las proyectadas reformas, infringía flagrantemente el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución, haciéndolo depender del dicho o la prueba de un tercero, y que dado que las sociedades mencionadas por el auditor habían respondido sus requerimientos desvirtuando las respectivas glosas, exigía la confirmación de su liquidación privada.

El acto liquidatorio, posteriormente, en desarrollo de lo esbozado en el requerimiento, varió efectivamente los ítems de renta y patrimonio declarados por la contribuyente, con arreglo a los factores de distribución determinados en la liquidación de revisión número 101169 de 24 de julio de 1982, practicada a la primera de las citadas sociedades, habiéndose definido, en lo concerniente a aportes y participaciones en la segunda, la confirmación de los mismos, conforme a las liquidaciones privadas de ésta y la contribuyente.

En el recurso contra la liquidación, de 12 de noviembre de 1982, se limita aquélla a expresar que su inconformidad "radica en (...) haberme modificado la participación declarada en la sociedad 'Textiles Glover, Ltda.'...", añadiendo que tal sociedad "interpuso oportunamente (sic), por tal motivo solicito se de aplicación a los artículos 61 y 62 de la Ley 52 de 1977..."

Los términos de la reclamación fueron adicionados con memorial de 10 de agosto de 1983, en el que se explica cómo el mayor valor discutido de "la participación", se había originado en la determinación de la renta gravable de la sociedad por comparación de patrimonios, por adición de activos inexistentes y la desestimación del pasivo declarado, del cual había aducido la Administración la falta de relación, hecho inexacto, supuesto que la sociedad había "adicionado" la declaración del ejercicio con discriminación de sus guarismos de renta y patrimonio.

La recurrente "para comprobar el hecho y para que ese despacho de cumplimiento al artículo 62 de la Ley 52 de 1977", acompañó copias autenticadas de la "adición".

La resolución administrativa del recurso, al confirmar en todas sus partes la liquidación, sostuvo que las cifras de aportes y partici-

paciones en la declaración de los socios, eran "meramente informativas", y que el funcionario liquidador se debía señir "al memorando contentivo de la liquidación y distribución practicadas a la respectiva sociedad".

De otro lado, que habida cuenta que la sociedad Textiles Glover, Ltda., contrario a lo afirmado por la recurrente, se había abstenido de impugnar su propia liquidación, surtía ésta todos sus efectos entre los socios.

Elementos de la acción contenciosa:

Luego de concretar sus pretensiones a la anulación de los actos atacados y el restablecimiento del derecho, en el sentido de declararse en firme la liquidación privada, la demandante hace el recuento de los principales hechos y omisiones, e indica quebrantados los siguientes preceptos:

a) El artículo 62 de la Ley 52 de 1977, con base en que, a pesar de haber pedido, con el recurso gubernativo y la adición de éste, la práctica de la liquidación teórica prevista en la disposición citada, mediando prueba documental relativa a las correcciones introducidas por la sociedad a su denuncio, se hubiera denegado la medida, por el simple hecho de no haber recurrido ésta su propia liquidación, que era, casualmente, la circunstancia que hacía procedente la liquidación teórica impetrada.

Aduce, igualmente, pretermitido el principio *"ubi eaden ratio, et eadem dispositio"* (sic) ("donde hay la misma razón de hecho, debe darse la misma solución en derecho") (sic), fundada en que a la contribuyente, señora Lilianne Abitbol de Mishaan, también socia de la compañía Textiles Glover, Ltda., se hubiera reconocido el beneficio de la liquidación teórica, por el mismo año gravable de 1979, solicitado igualmente con el recurso administrativo y con apoyo en el mismo artículo 62 invocado, según copias de las correspondientes resoluciones administrativas que acompaña y pide tener como pruebas.

b) El artículo 42 de la Ley 52 de 1977, del que, en su entender, surgen dos elementos esenciales del requerimiento, a saber, la expresión de los puntos que se propone modificar la Administración y la explicación de las razones que sustentan las modificaciones.

Deriva de ello, que "para poder tener determinados hechos como razones sustentatorias de un requerimiento especial, tales hechos deben tener la calidad de CIERTOS, y no de simples hipótesis", por lo cual, requerir a un socio haría indispensable, no solamente haber requerido previamente a la sociedad y que ésta hubiera respondido, sino, además, haber practicado liquidación a la misma y determinado los correspondientes factores de reparto, so pena de nulidad de la liquidación personal de aquél (las mayúsculas son del texto).

Síntesis del fallo recurrido:

En relación con este último cargo, el *a quo*, se declara inhibido para un pronunciamiento de mérito, por indebido agotamiento de la vía gubernativa, en consideración a que, de conformidad con el artículo 273 de la Ley 167 de 1941, vigente en la fecha de interposición del recurso gubernativo, en conexión con los artículos 56 de la Ley 52 de 1977 y 46 del Decreto 825 de 1978, la nulidad se debía haber propuesto con el recurso, lo que no hizo la actora.

Con referencia al otro cargo, analizados el requerimiento y respuesta y las argumentaciones del recurso contra la liquidación y la adición de éste, concluye, en primer lugar, que la demandante contradijo sus postulados, pues afirmó que el ente de la que era asociada había "interpuesto oportunamente" (sic) y pidió dar aplicación al artículo 62 de la Ley 52 de 1977, cuando lo que esta norma exigía era lo contrario, que la sociedad no hubiera reclamado su liquidación.

Y, en segundo término, que allegó con la adición del recurso administrativo una prueba extemporánea, según el artículo 48 del Decreto 1651 de 1961, e incompleta, toda vez que no aportó ni la declaración ni el requerimiento hecho a la sociedad, como tampoco su liquidación de revisión y antecedentes "a fin de saber exactamente qué fue lo que se le informó a la sociedad respecto de su declaración de renta y poder así determinar si lo afirmado por la actora en su recurso y ante esta jurisdicción corresponde a la realidad..."

Por lo que hace a la aplicación del principio de derecho citado en el libelo, consideró inadmisible tal pretensión "por cuanto las actuaciones administrativas a que hace referencia la demanda, no han sido sometidas al control de legalidad ante el Contencioso Administrativo, razón por la cual al Tribunal no le es permitido entrar a aplicar actuaciones surtidas ante la Administración de Impuestos, así se trate en este caso de hechos y personas sometidas en las mismas situaciones de hecho y de derecho, porque de aceptar lo propuesto por la demanda, dejaría sin razón de ser la justicia Contenciosa Administrativa..."

Sustentación de la apelación:

El escrito de fundamentación se destina, principalmente, a la transcripción de los considerandos de la sentencia censurada, la recapitulación de hechos y actuaciones y la referencia a discrepancias de orden interno suscitadas entre los socios, que habrían impedido conocer y atender oportunamente las obligacioones de la sociedad.

Como réplica a que en el fallo se hubiera dicho incompleta la documentación anexa a la reclamación, se agregan copias de la declaración de renta, el requerimiento administrativo y la liquidación oficial de la sociedad, con lo que, al decir del señor apoderado de la actora

"se encuentra más que probadas las peticiones de mi poderdante, ya que la mayor participación que le correspondió fue debido más que todo a un error por parte de la Administración Tributaria al no tener toda la información tanto para efectuar la auditoría y que dió origen al requerimiento especial, como para practicar la correspondiente liquidación de revisión, pues por ninguna parte figura la adición presentada oportunamente..."

Alegatos de las partes:

Del mismo apoderado, obra sólo la manifestación de estar a lo expresado en la sustentación del recurso "y a las pruebas documentales que acompañé oportunamente".

La señora delegada del director general de Impuestos Nacionales, se opone a las pretensiones de la apelante, primero, porque piensa que habiéndose auditado y requerido a la sociedad, sin que ésta hubiera suministrado respuesta alguna, los factores de distribución se consolidaron en los socios, sin posibilidad de modificarse o de someterse a una liquidación teórica.

Y, segundo, en cuanto a los dos preceptos pretendidamente violados, porque la contribuyente no demostró en el proceso gubernativo la alegada corrección oportuna de la declaración de la sociedad, deficiencia probatoria que se habría mantenido inmodificada en la instancia contenciosa, según se destacó en el fallo.

Concepto de la Fiscalía:

En su vista de fondo, la señora Fiscal Sexta de la Corporación, aborda prioritariamente el tema del pronunciamiento inhibitorio sobre la esgrimida infracción del artículo 42 de la Ley 52 de 1977, no encontrándolo fundado, pues, a su ver, desaparecidos el proceso especial del juicio de revisión, contemplado en la Ley 167 de 1941, y las restricciones probatorias del artículo 278 de ésta, por virtud del nuevo ordenamiento promulgado por el Decreto 01 de 1984, que sustituyó tal juicio por la acción de restablecimiento del derecho, se habrían extinguido, así mismo, las limitaciones relativas a los hechos alegables y la prueba de éstos, que bien podrían ser diferentes de los ventilados administrativamente.

Admite, pues, que el cargo formulado merece un pronunciamiento de mérito, empero, después de un ponderado análisis de éste, conceptúa que para que el mismo hubiera tenido éxito, se habría requerido que no existiera materialmente el requerimiento, o que el enviado a la contribuyente careciera de una motivación al menos sumaria, hipótesis que no ve estructuradas en el caso discutido, ya que a la requerida se previno sobre las modificaciones de su liquidación

privada y se le explicó "sumariamente" el motivo, dado éste por los requerimientos que parejamente se habían hecho a las sociedades de que era socia aquélla.

"Esta explicación era suficiente" —añade la señora fiscal— "para que la contribuyente ejerciera su derecho de defensa, porque a partir de ella la sociedad (sic) podría optar por los caminos que efectivamente utilizó: acogerse a lo que se resolviera definitivamente frente a la sociedad o solicitar la práctica de la liquidación teórica. No procede, por tanto, en nuestro sentir, la nulidad solicitada por este concepto..."

Con respecto al segundo cargo, la transgresión del artículo 62 de la misma Ley 52, coincide con el *a quo* "en que para poder conocer la incidencia que tiene la adición presentada por la sociedad 'Textiles Glover Ltda.', en la liquidación de revisión practicada a ésta, se debe comparar lo señalado en aquélla con la respectiva declaración tributaria y con el contenido del requerimiento especial que se le realizó; y como tales documentos no fueron aportados por la demandante, la denegación de las pretensiones es correcta..."

No obstante, estima que los documentos de que se hizo acopio con el recurso a conocimiento de la Sala, suplen el vacío probatorio señalado por el *a quo*, y que, a pesar de que la Sala no ha ordenado tenerlos como prueba, sugiere su admisión oficiosa, con cimiento en el artículo 169 del Decreto 01 de 1984, como elementos aclaratorios de puntos dudosos, que allanarían el camino hacia la liquidación teórica pedida por la accionante.

Solicita, en conclusión, revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, practicar esa liquidación, con sujeción a la declaración de renta y corrección presentadas por la sociedad Textiles Glover, Ltda.

Consideraciones de la Sala:

1. *Sobre la fracción inhibitoria del fallo.*

A más de los acertados razonamientos de la fiscalía alrededor del punto, es preciso poner de relieve que el hecho, acreditado en el proceso, de que la actora, con la contestación del requerimiento, hubiera sometido el juzgamiento de la presunta irregularidad de éste, incluso por motivos de inconstitucionalidad, en una fase que era también de discusión o reclamación, ante funcionario competente para decidirla, deja sin piso el pretexto de la inhibición y debe, consiguientemente, desatarse la cuestión en el fondo.

2. *Sobre el requerimiento administrativo.*

La institución del requerimiento especial, previo a la liquidación, constituyó una de las más notables innovaciones del denominado

Estatuto del Contribuyente, la Ley 52 de 1977, con un remoto, poco estructurado y a veces discrecional antecedente, en los artículos 15 y 54 de la Ley 81 de 1960, 25, 74 y 134 del Decreto 1651 de 1961 y 23 y 52 del Decreto 1366 de 1967, relacionados con los eventos de falta de declaración de renta, determinación de la base imponible por comparación de patrimonios, confesión ficta o presunta y corrección de la declaración.

Significó, adicionalmente, el rompimiento de la primitiva etapa de discusión del tributo, tradicionalmente confinada al lapso que sucedía a la notificación de la liquidación oficial, dando ocasión a que se objetasen y contraprobasen anticipadamente, por así decirlo, aspectos sustanciales del informativo tributario puestos en discusión por los funcionarios impositivos, naturalmente sobre bases ciertas y determinadas, a cambio de una sensible restricción de los mecanismos y términos de contradicción de la antigua reclamación administrativa.

Debe comportar así, el requerimiento, para conservar los distintivos y finalidades de su creación, los caracteres propios de una verdadera liquidación, sólo que virtual y contingente, especialmente en lo que atañe a la singularización de los factores materia de las variaciones propuestas y la sustentación de los motivos que inducen éstas, al punto que aspectos que por su índole, denominación o cuantía, difieran perceptiblemente de los preavisados, no pueden incluirse en la liquidación que se practique, por mandato del artículo 46 de la Ley 52 de 1977.

El requerimiento especial, no es un procedimiento formulario de aviso de propósitos genéricos o indeterminados de la Administración, sino la manifestación expresa y concreta de la voluntad de ésta, que se traduce en un acto administrativo formal y materialmente apto *"per se"* para producir efectos en derecho, por la exacta individualización de sus estipulaciones o disposiciones y de las razones que mueven a las mismas, entre otras características.

Como tal, dicho acto debe estar avalado, así mismo, por medios hábiles de comprobación, respecto de los cuales se cumplan rigurosamente los principios de publicidad, contradicción e imparcialidad, pues de lo que se trata es de desvirtuar la presunción de autenticidad de la declaración tributaria, sea porque se pretenda que ésta no satisface las exigencias de forma y documentación o prueba, o porque los hechos presumidos se digan físicamente inexistentes, incompletos o desfigurados.

Cabe resaltar, por otra parte, que el hecho de la íntima vinculación entre la sociedad y sus socios, en modo alguno excusa el debido proceso, pues aquella, por ficción legal de todos conocida, responde personal y directamente de sus actos, independientemente de la conducta asumida individualmente por éstos, de suerte que los actos

administrativos que se profieran exclusivamente con referencia a la primera, carecen de efecto jurídico entre los segundos, y recíprocamente.

En el caso a conocimiento de la Sala, se percibe, a simple vista, que el requerimiento especial no observó el requisito de la especificidad, como con razón lo sostuvo *"ab initio"*, la actora ni en cuanto a los conceptos, datos y guarismos precisamente revisables, ni referente a los preceptos legales susceptibles de respaldar cada una de las posibles rectificaciones. Y dado que la Adminsitración no había discutido la forma o instrumentación de la declaración de la socia reclamante, asumió además, forzosamente, la carga de desvirtuar con prueba contraria los datos e informes contenidos en aquélla.

Si era verdad que, como se expuso, a la sazón, en el cuestionado requerimiento especial, también se había requerido a la sociedad, al funcionario auditor no le quedaba otra alternativa que presentarle a la requerida las modificaciones de que habrían de ser objeto los conceptos y cifras de la sociedad, con expresión de las respectivas causas de orden legal, mostrarle, en guarismos exactos, cómo incidirían tales alteraciones en sus propios informes y datos y exhibirle la prueba justificativa de las mismas, para que ejercitara su derecho de defensa.

A propósito, aunque para lo que se habrá de decir en seguida el asunto no tenga ya relevancia en el proceso, es claro que a la actora le bastaba con haber remitido la "adición" de la sociedad, como lo hizo, para que la Administración, sin necesidad de otra prueba, practicase la liquidación teórica.

Tampoco tiene interés jurídico la discusión sobre la aplicación del argumento *"a simili"*, defendido por la actora *"Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio"*, su versión correcta, adicionalmente porque refiere hipótesis diversas de las que supone aquélla.

Pues bien, no habiendo procedido el funcionario auditor en consonancia con la preceptiva que gobierna la expedición del requerimiento especial, se debe tener por probado el cargo de violación del artículo 42 de la Ley 52 de 1977, en desacuerdo con el concepto fiscal, y, de suyo, demostrada la nulidad de la liquidación de revisión impugnada.

Y como la práctica de una eventual nueva liquidación, con fundamento en los presupuestos y documentaciones de la denominada liquidación teórica, quedaría necesariamente fuera del término de la revisión oficiosa, procede la confirmación de la liquidación privada de la actora, sin que se requiera un pronunciamiento sobre el segundo cargo.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar, modifícase la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios a cargo de la contribuyente, señora Hilda Mishaan de Douer, Nit: 50.041.306-A, por el año gravable de 1979.

Como consecuencia, fíjase en la suma de doscientos cincuenta y tres mil ochocientos setenta y cuatro pesos ($ 253.874), el valor total de los impuestos a cargo de la citada contribuyente, por el mencionado ejercicio fiscal, que es el importe cubierto de su liquidación privada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Los consejeros:

Carmelo Martínez Conn, presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA/COMPETENCIA/CUANTIA

La cuantía en negocios de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de determinación de impuestos, se determina por el monto del impuesto discutido; entendiéndose por impuesto discutido la diferencia entre el valor de los impuestos que se determina el contribuyente en su liquidación privada y los que fija la Administración Tributaria en la liquidación de revisión. (Ejercicio fiscal de 1982).

AMNISTIA PATRIMONIAL - Requisitos

Para que procediera la amnistía patrimonial, era necesario que el contribuyente cumpliera esencialmente dos requisitos: a) Que la renta líquida gravable declarada por la vigencia fiscal de 1982 fuera superior a la declarada por el año gravable de 1981 y b) si la amnistía incluía bienes distintos de los señalados por el artículo 2º del Decreto 3747 de 1982, o activos movibles o dinero, debía hacerse la inversión prevista por el artículo 3º del Decreto 3747 de 1982 en armonía con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 236 de 1983. (Ejercicio fiscal de 1982).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veinticinco de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente número 1681. Actor: I. C. Prefabricados S. A., contra la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Acción de nulidad y restablecimiento de derecho. Impuesto de renta año de 1982.

La sociedad I. C. Prefabricados S. A. (antes Ltda.), identificada tributariamente con el Nit. número 90.205.584, por intermedio de apoderado judicial ha demandado *en acción de nulidad y restablecimiento de derecho,* la operación administrativa de determinación de impuestos correspondiente al año gravable de 1982, con el propósito de que se le acepte la amnistía patrimonial solicitada con el denuncio fiscal de dicho período gravable.

Actos administrativos acusados:

La demanda contenciosa, impugna los siguientes actos administrativos:

1º Requerimiento especial número 000011, de mayo 17 de 1985, de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga.

2º Liquidación de revisión número 042482000163 de 17 de septiembre de 1985 de la Administración ya citada, y

3º Resolución número 441 de 2 de diciembre de 1985, de la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, en la cual se confirmó en todas sus partes la liquidación de revisión.

Peticiones:

La parte actora mediante su apoderado solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

1º Que son *nulos* los actos administrativos acusados, en cuanto modificaron el balance de la sociedad en 31 de diciembre de 1982, y

2º Que a título de restablecimiento del derecho se declare que la sociedad tiene derecho a que se le acepte la amnistía patrimonial Impuestos Nacionales de Bucaramanga no tenía facultad para modificar su balance en 31 de diciembre de 1982 "para posteriormente, efectuar el desconocimiento de dichos costos en el momento en que se liquide la obra", ni su declaración de renta por el mismo año.

Normas violadas y concepto de violación:

El apoderado de la parte actora expresa que:

"En la operación administrativa objeto de esta demanda, se violaron por la Administración de Impuestos de Bucaramanga los artículos 74 del Decreto 2053 de 1974, 19 del Decreto legislativo 3803 de 1982; el 15 del Decreto 2821 de 1974; el 30 del Decreto 1651 de 1961; los artículos 1º a 15 del Decreto 3747 de 1982 y el artículo 3º del Decreto 236 de 1983".

En el concepto de violación se manifiesta:

Se violó el artículo 19 del Decreto 3803 de 1982, porque la Administración se apartó del fin propio que la ley le ha asignado a la liquidación de revisión dándole indebida aplicación al mismo. Indica que la ley facultaba a la Administración para modificar liquidaciones privadas de los contribuyentes, pero no para modificar sus declaraciones, ni mucho menos sus balances.

Expone que la Administración cometió un error de técnica tributaria, porque si lo que se pretendía era negar el beneficio de la amnistía, porque la sociedad no había cumplido con los requisitos legales, lo que ha debido hacer, es practicar liquidación por el sistema de comparación patrimonial conforme al artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, el cual, también fue violado por falta de aplicación, y no disminuir el patrimonio de la sociedad, modificando su declaración de renta y patrimonio y el balance presentado por la compañía.

También sostiene que se violó el artículo 30 del Decreto 1651 de 1961, que regula la independencia de los años fiscales, pues con lo que la Administración llamó liquidación de revisión lo que hizo fue anticiparse a futuras liquidaciones, al rechazar costos que pueden solicitarse en años posteriores.

Por último y con apoyo en la sentencia de 8 de julio de 1976, del honorable Consejo de Estado, relativa, a la amnistía del año de 1974, consideró que la actuación de las oficinas de impuestos era violatoria de los artículos 1º a 5º del Decreto 3747 y 3º del Decreto 236 de 1982 y 1983, respectivamente, al considerar que los bienes omitidos en declaraciones anteriores, pueden ser un medio para modificar la renta líquida de 1983, pues tal consecuencia resulta lógicamente imposible, ya que el artículo 3º del Decreto 236 de 1983, disponía que cuando la amnistía esté representada en bienes distintos de los señalados por el artículo 2º del Decreto 3747 de 1982, no se exigirá prueba de su existencia en 31 de diciembre de 1982, distinta de la afirmación que haga en su declaración de renta y patrimonio el contribuyente, resultando igualmente violado por falta de aplición del artículo 3º del Decreto 236 de 1983.

Culmina sus alegatos la parte actora precisando que sí tenía derecho a la amnistía que le fue negada, pues de antemano y antes de 15 de mayo de 1983, ya tenía hecha la inversión en bienes inmuebles por el monto de la cantidad solicitada como tal, que no tenía que repetir, pues el artículo 2º del Decreto 3747 de 1982, ya incluía los bienes inmuebles, sin hacer distinción entre activos fijos o movibles.

Termina manifestando que la prueba reclamada por las Oficinas de Impuestos, resulta completamente absurda, porque si se trataba de incluir en el patrimonio a través de la amnistía bienes omitidos y no declarados en años anteriores, mal podía pretenderse que el contribuyente tuviera en su poder los soportes contables y registros de lo que venía ocultando. Por ello, el artículo 4º del Decreto 3747 de 1982, consagró que el contribuyente no estaba en la obligación de probar el origen y preexistencia de los bienes incorporados en la declaración de renta de 1982 y objeto del beneficio de la amnistía.

Concepto fiscal:

El colaborador fiscal en concepto de fondo que corre a folios 68 y siguientes del cuaderno principal, estima que el negocio debe remi-

tirse al Tribunal Administrativo de Santander, por ser dicha Corporación la competente para conocer en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 131 numeral 4º del Decreto 01 de 1974.

Indica el señor fiscal que, en este proceso existe cuantía y es superior a $ 720.000.00, pues en los juicios de impuestos la cuantía del asunto no siempre está representada por la diferencia entre las liquidaciones de revisión y las privadas, y en el presente caso, la contribuyente pretende que se le acepte una amnistía solicitada por el año de 1982, por valor de $ 300.000.000.00. En consecuencia, pide que el expediente sea enviado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sic) para que se surta la primera instancia de conformidad con el artículo 132, numeral 5º del Decreto 01 de 1984.

Consideraciones de la Sala:

Con relación al tema de la competencia para aprehender el conocimiento de los negocios de nulidad y restablecimiento de derecho contra actos de determinación de impuestos, la Sección Cuarta de manera reiterada ha expresado el criterio según el cual, la cuantía en esta clase de procesos se determina por el monto del impuesto discutido; entendiéndose por impuesto discutido la diferencia entre el valor de los impuestos que se determina el contribuyente en su liquidación privada y los que fija la Administración Tributaria en la liquidación de revisión.

Este criterio permite establecer con certeza la cuantía del negocio y evita que sobre este aspecto puedan surgir diferencias de criterio o indeterminaciones como sería la de tomar en cuenta para efectos de la cuantía, el factor intereses.

Así pues, la cuantía de las pretensiones de la demanda de impuestos resulta del *valor discutido*, o sea de la diferencia entre la liquidación privada y la liquidación oficial.

En el presente caso, las autoridades de impuestos no determinaron suma a cargo del contribuyente diferente al valor determinado por éste en su liquidación privada, pues los valores allí consignados fueron confirmados por la liquidación de revisión de que fue objeto la sociedad.

Siendo ello así, estima la Sala que al no haberse determinado mayores valores a cargo del contribuyente en la liquidación de revisión que se le practicó, no existe cuantía discutida y por tanto le es dable aprehender el conocimiento del presente negocio con fundamento en lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 128 del C. C. A., que otorga competencia al Consejo de Estado para conocer en única instancia de las acciones de restablecimiento de derecho que carezcan de cuantía en las cuales se controviertan actos administrativos del orden Nacional.

Sentado lo anterior, procede la Sala al estudio de fondo de las peticiones, formuladas con la demanda.

La acción contenciosa incoada, pretende la nulidad de los actos administrativos acusados, a efecto de que se reconozca y acepte la amnistía patrimonial que la actora propuso con su denuncio de bienes y rentas del año gravable de 1982, amparándose para ello en la normatividad contenida en los Decretos 3747 de 1982 y 236 de 1983.

Evidentemente mediante los decretos antes citados, el Gobierno Nacional en uso de las facultades que le confiere el artículo 122 de la Constitución Nacional, y en desarrollo del Decreto 3747 de 1982, reguló lo relativo a las amnistías patrimoniales de impugnación y otras.

La amnistía patrimonial beneficiaba a aquellos contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que hubieran omitido activos o declarado pasivos inexistentes, señalando que para ello debía presentar la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año gravable de 1982, incluyendo los primeros y prescindiendo de los segundos e impuso en términos generales, que la renta líquida gravable de dicho año debía ser superior a la declarada por la vigencia fiscal de 1978.

El artículo 2º del Decreto 3747 de 1982 determinó con claridad cuáles eran los bienes que podían ser objeto de amnistía y por ende ocasionar un aumento en el patrimonio del contribuyente por la utilización de dicho beneficio.

El artículo 3º del citado decreto, permitía la amnistía con bienes diferentes a los señalados en el artículo 2º, siempre y cuando se hicieran las inversiones que allí se señalaron.

Dicha disposición fue posteriormente complementada con el Decreto 236 de 1983, el cual incluyó además de los bienes previstos por el Decreto 3747 de 1982, los activos movibles y el dinero, posibilitando que la inversión obligatoria pudiera hacerse también en bienes inmuebles.

De las normas antes citadas se desprende que para que procediera el beneficio de la *amnistía patrimonial,* era necesario que el contribuyente cumpliera, esencialmente, dos requisitos:

1º Que la renta líquida gravable declarada por la vigencia fiscal de 1982, fuera superior a la declarada por el año gravable de 1981, y

2º Si la amnistía incluía bienes distintos de los señalados por el artículo 2º del Decreto 3747 de 1982, o activos movibles o dinero, debía hacerse la inversión prevista por el artículo 3º del Decreto 3747 de 1982 en armonía con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 236 de 1983.

Satisfechos los requisitos anteriores, el contribuyente tenía pleno derecho al reconocimiento y aceptación de la amnistía patrimonial propuesta con su declaración de renta y patrimonio del año gravable de 1982, y la Administración no podía practicar investigaciones, requerimientos, liquidaciones de revisión o de aforo por los años 82 y anteriores con relación a los bienes objeto de amnistía, y tampoco podía exigir prueba alguna sobre la existencia de tales bienes en 31 de diciembre de 1982, distinta de la afirmación hecha por el contribuyente en su declaración de renta y patrimonio (art. 1º y 3º del Decreto 236 de 1983).

Si el incremento patrimonial no estuviere representado en los bienes a que se refieren las normas antes citadas, o no se cumplían por parte del contribuyente los requisitos ya señalados —renta superior e inversión—, la amnistía patrimonial perdía sus efectos y en consecuencia, quedaba expedita la vía para que la Administración pudiera practicar al contribuyente las investigaciones necesarias para la correcta determinación de los impuestos a su cargo, enviando el requerimiento respectivo, tasarle los impuestos mediante liquidación de revisión o de aforo e imponer las sanciones a que hubiere lugar.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la sociedad actora solicitó con su declaración de renta y patrimonio una amnistía patrimonial por valor de $ 300.000.000.00, representada en *"Construcciones en Curso"* levantadas en terrenos de su propiedad.

Las Oficinas de Impuestos a través de los actos administrativos acusados, consideraron que la sociedad actora, no tenía derecho a la amnistía solicitada, pues no comprobó la existencia de los bienes amnistiados en 31 de diciembre de 1982, considerando que la amnistía era para declarar activos omitidos y no para inflar costos con ajustes contables sin ningún respaldo, con el fin de disminuir utilidades en años futuros y, por otra parte: si las construcciones en curso se toman como "Activos Movibles" por estar dedicada la compañía a la actividad de construir, debió realizar la inversión a que se refiere el artículo 2º del Decreto 236 de 1983, la cual ha debido efectuarse con el producto de la venta del bien objeto de la amnistía y por su valor total, antes de 15 de mayo de 1983.

Teniendo en cuenta tales consideraciones, a la contribuyente se le practicó la liquidación de revisión en la que solamente se le negó la amnistía solicitada y se le disminuyó el patrimonio declarado en el valor de los bienes amnistiados, esto en la suma de $ 300.000.000.00.

Analizados los diferentes elementos de juicio que integran el expediente y hecho el estudio de las normas tributarias que regulan la materia, la Sala precisa que la consecuencia de la no aceptación de la amnistía propuesta por los contribuyentes, no era, como equivocadamente se interpretó, por parte de las Oficinas de Impuestos, disminuir el patrimonio declarado por el contribuyente, sino como se

vio, la práctica de la liquidación de revisión, bien por el sistema de depuración ordinaria o por el especial de comparación patrimonial, pero no, se repite, disminuir el activo declarado por el contribuyente.

En el caso *sub judice*, estima la Sala que la sociedad contribuyente tiene pleno derecho a la aceptación de la amnistía solicitada en aplicación del artículo 3º del Decreto 3747 de 1982.

En efecto, se tiene plenamente demostrado en el expediente que la amnistía solicitada estaba representada en construcciones en curso, bienes a los cuales, de aplicarse las normas pertinentes del Código Civil, especialmente el artículo 658, deben reputarse como inmuebles por adherencia. Siendo ello así era procedente la aplicación del referido artículo 3º del Decreto 3747 de 1982, sin necesidad de acudir a más interpretaciones o a exigir el cumplimiento de requisitos que tal norma no consagra.

La interpretación que se hace por parte de las Oficinas de Impuestos en el sentido de que era necesario enajenar los activos movibles para realizar la inversión, se aparta de los postulados sobre interpretación de la ley, previstos por el artículo 27 del C. C., ya que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Así las cosas, demostrado el derecho de la actora para obtener el beneficio de la amnistía, quedó exonerado de probar el origen o preexistencia de tales bienes y su existencia en 31 de diciembre de 1982, precisamente en aplicación de lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 3747 de 1982.

Siendo ello así, la exigencia hecha por las Oficinas de Impuestos en el sentido de solicitar las pruebas contables —comprobantes de orden interno o externo— que soporten el valor de la amnistía solicitada, carece de toda lógica, pues como ya se vio, procediendo la amnistía por el cumplimiento de los requisitos por parte del contribuyente, no le era dable a la Administración efectuar investigaciones o practicar requerimientos o liquidaciones en acatamiento a las normas antes citadas, y con relación a los bienes amnistiados.

Las anteriores consideraciones permiten a la Sala establecer que tal como se expuso en la demanda, las Oficinas de Impuestos violaron la normatividad contenida en el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 al disminuir el patrimonio del contribuyente, como consecuencia de la no aceptación de la amnistía solicitada.

También, puede concluirse por la Sala que, las Oficinas de Impuestos violaron por indebida y falta de aplicación, las normas reguladoras de la amnistía patrimonial decretada por el Gobierno Nacional y contenidas en el Decreto 3747 de 1982.

En consecuencia, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

En virtud de lo antes expuesto, la Sala Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Declarar la nulidad parcial de la liquidación de revisión número 042482000163 de 17 de septiembre de 1985, de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, correspondiente al año gravable de 1982 y la Resolución número 441 de 2 de diciembre de 1985, de la División de Recursos Tributarios de la mencionada Administración, en cuanto no aceptaron la amnistía patrimonial solicitada por el contribuyente y modificó el balance general de la compañía: I. C. Prefabricados S. A., correspondiente a la vigencia fiscal ya citada.

A título de restablecimiento del derecho declarar que la compañía I. C. Prefabricados Ltda. (hoy S. A.), tiene derecho a que se le acepte la amnistía patrimonial propuesta con su declaración de renta y patrimonio del año gravable de 1982 y en consecuencia los factores patrimoniales tanto de activos como de pasivos incluidos en el denuncio fiscal de 1982 y que forman parte del balance general a 31 de diciembre de dicho año, no sufren modificación legal alguna.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior decisión se estudió, discutió y aprobó en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, presidente de la Sala; con salvamento de voto, ausente. *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

AMNISTIA PATRIMONIAL / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA POR CUANTIA (Salvamento de voto)

Lo que la sociedad demandante pretendió en la demanda y obtuvo en la sentencia es que se le acepte una amnistía patrimonial por tres cientos millones de pesos, para que se le acepte esa suma posteriormente como costo en la liquidación de la obra, de suerte que ese es su interés económico y fija la cuantía de la pretensión; su caso está regulado en el art. 132 del C. C. A., numeral 5 por tratarse de una controversia sobre impuestos y la competencia en primera instancia es del Tribunal Administrativo por lo que no es aventurado afirmar que el Consejo de Estado no tiene competencia para decidir la controversia en única instancia.

Bogotá, D. E., doce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 1681. Actor: I. C. Prefabricados S. A.

Mi desacuerdo con la sentencia acogida por la mayoría de la Sala y de la cual me separo, radica en lo siguiente:

a) Se trata de una acción de restablecimiento del derecho y por lo tanto, privada. En este tipo de acciones hay siempre un interés económico que se valora para efecto de fijar la competencia por el factor de la cuantía, que es el valor económico de ese interés, o factor cuantía de la competencia.

b) La acción con la cual se inició el proceso instaurado por I. C. Prefabricados Ltda., hoy I. C. Prefabricados S. A., identificada fiscalmente con Nit: 90.205.584, está dirigida a obtener la nulidad del acto administrativo por el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga le negó una amnistía patrimonial de $ 300.000.000.00. La demanda contiene las siguientes peticiones:

1º Que son nulas la liquidación de revisión número 042482000163, de 17 de septiembre de 1985, de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, por medio de la cual se rechazó la amnistía patrimonial solicitada por la sociedad I. C. Prefabricados Ltda., por el año gravable de 1982 y se modificó el balance en 31 de diciembre

del mismo año de 1982 y la Resolución número 441 de 2 de diciembre de 1986, de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, que la confirmó en todas sus partes.

2º Que a título de restablecimiento del derecho se declare que la sociedad I. C. Prefabricados Ltda., tiene derecho a que se le acepte la amnistía patrimonial solicitada por el año de 1982 y que la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga no tenía facultad legal para modificar su balance en 31 de diciembre de 1982 "para posteriormente, efectuar el desconocimiento de dichos costos en el momento en que se liquide la obra" ni su declaración de renta por el mismo año.

c) Lo que la sociedad demandante pretendió en la demanda y desafortunadamente obtuvo en la sentencia de la cual me separo, es nada menos que se le acepte una amnistía patrimonial por trescientos millones de pesos moneda corriente ($ 300.000.000.00), para que se le acepte esa suma posteriormente como *costo* en la liquidación de la obra, de suerte que ese es su interés económico y fija la cuantía de la pretensión; su caso está regulado en el artículo 132 del C. C. A. (Decreto 01 de 1984) numeral 5º por tratarse de una controversia sobre impuestos y la competencia en primera instancia es del Tribunal Administrativo de Santander, por lo que no es aventurado afirmar que el Consejo de Estado no tiene competencia para decidir la controversia en única instancia.

d) El artículo 128 numeral 3 que reemplaza al artículo 67 del Código anterior, se refiere a las controversias de restablecimiento del derecho sin cuantía, originadas en actos administrativos del orden nacional que desconozcan derechos radicados en cabeza de alguna persona y reconocidos por una norma de carácter civil o administrativo; tal sería, por ejemplo, la resolución de la Superintendencia Nacional de Industria y Comercio que desconozca o revoque una anterior por la cual se reconozca el derecho a una marca, o patente o un nombre comercial; o un acto administrativo del INDERENA que revoque una merced de agua o el derecho a la pesca en los ríos y mares del país; el acto administrativo que cancele la cédula de ciudadanía a un colombiano por nacimiento o adopción, el acto administrativo que cancele un pasaporte a un nacional colombiano, etc. En estas acciones se dan las exigencias del artículo 128 numeral 3º a saber: a) Se trata de actos expedidos por una autoridad del orden Nacional; b) hay un interés particular lesionado que genera el derecho de acción en solicitud de protección judicial, por lo cual sería de restablecimiento del derecho, y; c) no tiene cuantía, porque ésta no surge de los términos del acto mismo que lesiona el derecho que existía en cabeza del actor.

Finalmente, el artículo 128 numeral 3 tiene su antecedente en el artículo 67 del C. C. A., anterior que textualmente dice: "La persona

que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho".

"La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el jùicio y demostrado su derecho".

La lectura anterior descarta toda acción sobre impuestos. Por lo anterior creo que la sentencia de la cual me separo es nula por falta de competencia (art. 152 C. de P. C., num. 2 y 154, inc. 3º *ibídem*).

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

ENCAJE LEGAL

No es exacto, de una parte, que una posición de desencaje, o posición negativa de encaje, constituya situación normal en las relaciones entre la institución financiera y la banca central, o entre aquella y sus clientes o depositantes, ni de otra, que el "interés" que genera el desfase sea simplemente remuneratorio.

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

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1856. Apelación sentencia mayo 30 de 1987. Tribunal de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal por el año de 1978. Actor: Banco Internacional de Colombia. Fallo.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por la sociedad Banco Internacional de Colombia S. A., la actora, contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 1987, parcialmente favorable a las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento promovido respecto de actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1978.

Antecedentes:

Los actos demandados son la liquidación de revisión número 102140 de 28 de diciembre de 1981 y las Resoluciones números 1668 de 29 de diciembre de 1983 y 47 de 2 de febrero de 1984 y se expidieron, los dos primeros, por las Unidades de Liquidación y Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, y el último, en grado de consulta, por la subdirección jurídica, División de Recursos Tributarios, de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Previamente, la Sección de Auditoría Interna del Impuesto sobre la renta de la precitada Administración, había librado del *requeri-*

miento especial número 247 de 9 de abril de 1981, que proyectó modificaciones de la liquidación privada, así:

1. *De ingresos brutos declarados,* la adición de éstos por la cantidad de $ 6.946.097. Correspondiente, una parte, a la utilidad en la enajenación de acciones, que se determinó por su precio de venta, $ 13.177.741, sin computar el "costo propuesto" de $ 7.041.921; y otra, a la utilidad en la transferencia de good-will, liquidada por el valor de enajenación, $ 1.686.500, menos "costo según anexo", $ 111.039, y "depreciación", $ 15.215, para un beneficio de $ 1.590.676.

De la suma de las dos "utilidades" así establecidas se resta, por último, el "valor declarado, según anexo de ingresos y egresos", en cuantía de $ 7.822.320, obteniéndose la cifra de incremento anunciada.

La inadmisión del costo de las acciones se explica por qué, revisada la declaración de renta y corrección por 1977 "no aparece relacionada dicha suma". El de la utilidad en la enajenación de good-will "como ingreso no constitutivo de renta", por falta de prueba sobre su costo, conforme al artículo 117 del Decreto 2053 de 1974.

2. *De costos y deducciones solicitados,* la desestimación de los siguientes:

a) *Intereses:*

Sobre depósitos en ahorro, $ 6.011.296, por falta de certificado de revisor fiscal (art. 54, Decreto 187 de 1975).

Por desencaje, $ 5.785.742, por tratarse de "multas y sanciones impuestas por violaciones a normas que regulan la actividad bancaria. Sentencias del Consejo de Estado de junio 8 y octubre 19 de 1978".

Por venta de cartera, $ 111.686.417, debido a la omisión de los requisitos contemplados en los artículos 47 y 65 del Decreto 2053 de 1974 y a la ausencia de prueba sobre el denuncio fiscal de los "beneficios adicionales" por este concepto, o de haberse recibido éstos para terceros.

b) *Servicios de reparación y mantenimiento de edificio e instalaciones,* $ 460.560, por identificación defectuosa de los beneficiarios.

c) *Servicios de reparación y mantenimiento de muebles y equipo,* $ 525.965, por la misma razón anterior.

d) *Pérdidas y ganancias misceláneas,* $ 68.483.151, por falta de requisitos de acuerdo con la índole del respectivo gasto.

e) *Aportes patronales:*

I. S. S., $ 778.295. I. C. B. F., $ 9.080, Caja de Compensación Familiar Barranquilla, $ 200.030 y SENA, $ 6.482.830, por deficiente cobertura de los certificados.

El aporte por compensación familiar, se dice solicitado "doblemente". Del correspondiente al SENA se explica que, habiéndose establecido una base salarial y prestacional de $ 126.929.673, con cotizaciones certificadas por $ 120.446.843 resta el indicado saldo por cubrir.

f) *Donaciones* $ 342.550, que no se deben tratar como deducciones sino como descuento.

3. *De patrimonio bruto declarado,* la adición de éste por la suma de $ 35.668.425, perteneciente a "provisión deudas de difícil cobro", y el desconocimiento de estas fracciones de deuda.

a) Pasivos estimados, provisiones y reservas, $ 91.370.839.

b) Utilidades del año, $ 59.746.701.

En ambos casos se expresa que los señalados rubros "no son pasivos exigibles, se trata de patrimonio propio de la sociedad".

En la liquidación de revisión:

1. Se parte de "ingresos brutos declarados" por $ 1.060.468.728, como en el requerimiento, pero en lugar de la "adición" ahí propuesta, se resta de aquellos la suma de $ 1.113.473, por concepto de "ingresos que no constituyen renta", fijándose la "renta bruta" en $ 1.059.355.255. No se acepta, en cambio, con dicho carácter no constitutivo de renta, el ingreso por enajenación de acciones, por falta de prueba sobre el derecho que haría acreedora a la contribuyente "a dicho incentivo, artículo 67 Decreto 1651 de 1961".

2. Se concretan rechazos del costo o deducción, según se extracta a continuación:

a) Desencajes, $ 5.785.742, con las mismas razones expuestas en el requerimiento e invocación de la sentencia de 19 de octubre de 1978, de esta Corporación.

b) Venta de cartera, $ 111.686.417, en cuanto se estima que tal operación no genera intereses, pues "se trata de un simple cambio de activos, que se efectúa precisamente por el dueño de la cartera para no tener que recurrir a préstamos cuando necesita la (sic) circulante..."

Y que pese a que en la contestación del requerimiento se da a entender que los intereses se causaron en operaciones de descuento y redescuento, esto sólo es previsible cuando aquéllas se realicen con el Banco de la República, que "no es el caso que ustedes plantean".

Es de anotar que no obstante aparecer fundamentado el "rechazo" en tales términos, al final no se computa en la liquidación como factor de determinación de la base imponible.

c) Servicios de reparación y mantenimiento de edificio e instalaciones y de muebles y equipo, $ 284.000 y $ 454.761, respectivamente, por falta de autenticación, por funcionario competente, de los comprobantes de contabilidad anexos a la respuesta al requerimiento, y de certificación de contador o revisor fiscal.

d) Pérdidas y ganancias misceláneas, $ 68.317.078, a saber:

"Deudas perdidas", $ 56.229.805, que no llenan los requisitos del artículo 81, parágrafo, del Decreto 187 de 1975 y que se pretende descontar "doblemente", ya que con las mismas se castiga, además, la reserva general de cartera, en cifra de $ 43.355.044, incumpliéndose, igualmente, las exigencias de los artículos 79, 80 y 81, incisos, *ib.*

"Pérdidas operativas", $ 3.670.595, cuyos comprobantes carecen de autenticidad, a más de ser aquéllas "resultados de operaciones que las entidades bancarias recuperan directamente de los clientes, o mediante el sistema de cargar tales pérdidas a los funcionarios que resulten responsables de las mismas..."

"Devoluciones", $ 6.775.962, pues, aunque tales transacciones se causen a la conclusión del ejercicio gravable, su 'revisión' se debe efectuar en el mes siguiente, por lo cual, las realizadas por la sociedad en abril, mayo y junio, según comprobantes, no son procedentes 'de acuerdo con las sanas prácticas contables". A los comprobantes se anota el mismo defecto de la informalidad, destacándose la falta de los asientos de diario autenticados, y certificados por contador o revisor fiscal.

"Intereses acumulados y reservados", $ 1.640.716, por deficiencia de la prueba documental aducida, que se limita a una "fotocopia de la nota de contabilidad sin autenticar y los debidos soportes externos e internos que den valor probatorio a la operación realizada".

e) Diferencias por aportes patronales $ 59.496, que se dicen aceptados por la contribuyente.

ISS, $ 9.080, ICBF, $ 29.374 y Caja de Compensación Familiar, $ 21.042.

3. Se califican, la adición del patrimonio y el rechazo parcial del pasivo y se plantea una diferencia patrimonial eventualmente elegible como renta gravable.

En la *resolución administrativa del recurso,* a partir de la reclasificación hecha por la recurrente de las "pérdidas y ganancias misceláneas", en "deudas perdidas", $ 40.431.870 "deducciones o inversiones contables" $ 24.184.085, y "pérdidas operativas". $ 3.701.124, se tienen por justificadas y comprobadas, una parte de las segundas, las "deducciones o reversiones en cuantía de $ 10.306.927, y el total de las últimas.

Adicionalmente, se acepta la deducibilidad de los "servicios de reparación y mantenimiento", por valor de $ 738.761, en forma que la suma total reconocida en la instancia gubernativa es de $ 14.746.812, con la consiguiente reforma de la liquidación oficial.

En lo demás, se sostiene ésta.

La anterior providencia fue aprobada en todas sus partes por el funcionario consultado.

Elementos de la acción contenciosa:

En síntesis, las súplicas de la demanda, se refieren a que se declaren nulos los actos acusados y, como consecuencia de ello, se restablezca el derecho presuntamente allanado, en punto a que, a través de nueva liquidación, se reduzcan los ingresos brutos en $ 2.981.360, se reconozcan fiscalmente, como deducciones, los intereses por desencaje en cuantía de $ 5.785.742 y las "deudas perdidas" por $ 40.431.870, y no se grave el saldo inadmitido de las "reversiones contables", de $ 13.877.155.

Al efecto, el señor apoderado de la actora, indica transgredidos los artículos 42 de la Ley 52 de 1977, 45 del Decreto 2053 de 1974, 61 de este mismo decreto en concordancia con el parágrafo del artículo 81 del Decreto 187 de 1975, y 15 del citado Decreto 2053 en concordancia con el artículo 67 *ib.*

Los conceptos de violación se precisan así:

1. *El incremento del ingreso bruto declarado, $ 2.981.360,* supuesta la "incoherencia" entre el requerimiento y la liquidación, tocante a los conceptos, guarismos y fundamentaciones citados en uno y otro acto, pues, mientras en el requerimiento se habla de "costos" por $ 7.041.921, de acciones enajenadas, que no figuran en la declaración por 1977, en la liquidación, se mencionan "ingresos no constitutivos de renta" por $ 2.981.360, objetándose "que el contribuyente hubiera probado que sí se habían declarado las acciones por el año de 1977".

En síntesis, conforme al artículo 42 de la Ley 52 de 1977, que "para que fuera procedente la adición a la renta bruta por razón del rechazo de ingresos no constitutivos de renta, hubiera sido necesario que el requerimiento especial precisamente se hubiera referido a este tema y no a la cuestión del costo de las acciones enajenadas...", de donde surgiría que no hubo requerimiento especial respecto del incremento de la renta bruta por $ 2.921.360.

2. *El rechazo de intereses por desencaje, $ 5.785.742,* por ser estos, expensas necesarias de la actividad productora de renta, no obstante

la jurisprudencia traída en su apoyo por el funcionario impositivo, que se ajustarían a la preceptiva del artículo 45 del Decreto 2053 de 1974.

Sobre el particular, se citan las Resoluciones números 2476 de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín y 131 de 15 de enero de 1977, de la Dirección General de Impuestos Nacionales, donde se habría dicho "categóricamente, que los intereses por desencajes son un gasto normal y necesario de la actividad bancaria y que por consiguiente son deducibles".

Y se transcriben apartes de la sentencia de 21 de septiembre de 1977, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que habría definido el punto de modo análogo, sobre la base de la distinción entre los intereses que fija la junta monetaria por el uso de préstamos otorgados por el Banco de la República para cubrir desencajes, según la Resolución número 1 de 1974 expedida por aquélla, fundada en la Ley 7ª de 1973, y las sanciones por desencajes aplicadas por la Superintendencia Bancaria, con arreglo a las Leyes 45 de 1923 y 17 de 1925, por exceder de 20 días en cubrimiento de los defectos de encaje.

Según el libelista, el pago de intereses, en la primera situación, no constituye sanción y aquéllos son deducibles, pues no se dan eventos de negligencia, descuido o imprevisión, en tanto que en la segunda "hay algo sancionable que va más allá de la actividad normal y diligente".

Precisa, así mismo, que el encaje es regulado por las autoridades monetarias, dentro de parámetros ideales que, de no ser satisfechos por la entidad bancaria, ocasionan, no propiamente multas o sanciones, sino la carga del pago de intereses que es "una fórmula de desestímulo financiero o económico".

Afirma, que la multa o sanción haría suponer un acto de voluntad del banco, que no se configura en el caso de desencaje "pues simplemente, en un momento dado, se puede producir una serie de retiros considerables y en ese caso al aumentar los porcentajes resulta que el banco queda desencajado y debe pagar los intereses correspondientes que lógicamente no son sanción pues el banco no pued saber el cambio en la relación de patrimonio sino en el momento de hacer el cierre. No puede sancionar a nadie por hechos o culpas eventuales generadas por la decisión del público de retirar dinero, sino que simplemente, se aplica una determinada tasa de intereses..."

Finalmente, que el desencaje es asunto normal del sistema bancario, como herramienta del gobierno para restringir el crédito, al punto de que "todos los bancos lo pagan, por lo cual resulta un gasto ordinario y necesario y que debe ser aceptado como expensa necesaria".

Y que siendo norma la admisibilidad de los gastos del negocio, la negativa a reconocer los intereses por desencaje tendría que estar apoyada en disposición expresa y no por simple analogía que no es aplicable en materia tributaria.

3. *La desestimación de las deudas perdidas, $ 40.431.870,* que, de conformidad con el artículo 61 del Decreto 2053 de 1974 y el parágrafo 1º del artículo 81 del Decreto 187 de 1975, en el caso de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, sólo requerían de autorización de ésta para su deducibilidad.

A este respecto, el señor apoderado de la actora niega, que ésta hubiera omitido satisfacer las exigencias de dicho parágrafo 1º del artículo 81 del Decreto 187 de 1975, a que se aludió en la liquidación de revisión, toda vez que con su escrito de reconsideración la misma aportó certificados del revisor fiscal, junto con copias autenticadas notarialmente "de 15 cartas de la Superintendencia Bancaria, en las cuales se autorizaba el castigo de las cuentas deudoras perdidas".

Afirma que no es cierto que se hubiera solicitado doblemente tal deducción, como se afirmó "gratuitamente" en las resoluciones del recurso gubernativo, pues en parte alguna del expediente hay prueba de ello.

4. *El gravamen de las reversiones contables, $ 13.877.155.*

Sobre el punto, recapitula el libelista haberse expresado, en la liquidación de revisión, no ser procedentes las reversiones o correcciones sino en el mes siguiente a la conclusión del respectivo ejercicio fiscal, es decir, enero, y de cómo en el recurso de reconsideración se había refutado tal especie, de acuerdo con el artículo 57 del Código de Comercio, que las prevé para el momento en que se adviertan, tesis acogida por la Oficina Seccional de Recursos Tributarios, pero sólo respecto de una fracción de reversiones, desestimándose la restante, la aquí discutida, con el expediente de que ésta pertenecía a "recuperación en deudas perdidas".

Y el funcionario a quien le correspondió resolver la consulta se había pronunciado en el sentido de que "una vez hecho por la empresa el cargo de pérdidas y ganancias por el rubro en cuentas perdidas, *efectúa la respectiva corrección pero en el mismo año,* y ya recuperada la deuda, para lo cual se acredita por el mismo valor pérdidas y ganancias. *Por lo tanto, no es procedente solicitar como deducible un gasto previamente reversado...*" (subrayas en el texto de la demanda).

A esto replica el libelista, que si se contabilizan en el mismo ejercicio una provisión con cargo a pérdidas y ganancias y una recuperación de aquélla con abono a ésta, las dos cuentas se compensan entre sí.

Y que, como en el anexo 10-R de la declaración, la partida discutida figura como ingreso y, en el anexo 10-B-24, como egreso "se produce una anulación contable y tributaria de la partida en referencia", de suerte que no siendo computables como renta sino los ingresos que impliquen enriquecimiento, las "operaciones puramente contables que registran unos ingresos y que se anulan mediante unos egresos del mismo valor, no pueden constituir base para la liquidación del impuesto sobre la renta..."

Para terminar pide, entre otras pruebas, la práctica de inspección judicial con intervención de peritos contadores, con el fin de demostrar sus afirmaciones en lo que hace a las debatidas partidas de "deudas perdidas" por $ 40.431.870 y "reversiones contables" por $ 13.877.155.

Síntesis del fallo recurrido:

El *a quo* se pronuncia sobre los puntos materia de controversia, así:

1. *El aumento de la renta bruta.*

Advierte en primer término, una diferencia entre el valor de los ingresos informados por la contribuyente en el formulario de declaración, por concepto de la enajenación de acciones y good-will, que lo fueron por $ 3.727.527, y el anotado en su anexo de ingresos y egresos de esa declaración, por el mismo concepto, en cifra de $ 7.822.320, no habiéndose reportado, ni en el formulario ni en el anexo, la existencia de ingresos no constitutivos de renta.

Y por ello, igual diferencia, $ 4.094.793, entre el total de los ingresos declarados en el formulario, $ 1.056.373.935, y el de los registrados en el anexo, $ 1.060.468.728, recogidos estos en el requerimiento como renta bruta.

Observa, en segundo lugar, que mientras en el requerimiento se añade, a dicha partida general de ingresos, la suma de $ 6.946.097, correspondiente al rechazado costo en la venta de acciones y goodwill, por no figurar declaradas aquellas en el año anterior, ni estar probado el costo de éste, que permitiera tener el producto de la transferencia del mismo como ingreso no constitutivo de renta, la liquidación de revisión prescinde de la adición, aceptando, por ende, íntegramente, los costos de enajenación propuestos, y reconoce, además, que no son renta, ingresos determinados en suma de $ 1.113.473, pero, oficializando el rechazo de la discutida partida de $ 2.981.360, pues parte de la reseñada suma de ingresos brutos de $ 1.060.468.728, con el pretexto de no haberse probado el carácter de ingreso no constitutivo de renta de tal fracción.

Encuentra, pues, que si bien en el requerimiento se arguyó esta circunstancia respecto de la enajenación del good-will, no se dijo lo mismo en relación con la de las acciones "en consecuencia, la Sala concluye que sí hubo una omisión en el requerimiento que hace nula la adición practicada por la Administración de Impuestos Nacionales en cuantía de $ 2.981.360, por aplicación de las normas invocadas en la demanda..."

2. *La inadmisión de los intereses por desencaje.*

Sobre el tema, se dice, simplemente, que el cargo es infundado, pues, sea que se trate de sanciones impuestas por la Superintendencia Bancaria, o de intereses causados por el desencaje, el motivo del rechazo es uno: "El incumplimiento de las normas que establecen el encaje, situación que no puede dar lugar a un beneficio".

3. *El rechazo de las deudas perdidas.*

Con sustento en la peritación, los comprobantes de contabilidad las cartas de la Superintendencia Bancaria que autorizaron la amortización de las pérdidas y los anexos de presentación del total de las deducciones, el *a quo* llega a la conclusión de que la controvertida cantidad de $ 40.431.870, no fue pedida doblemente, según lo expuesto en los actos que resolvieron la reclamación gubernativa, hallando probado el cargo de violación alegado en este punto y procediendo al reconocimiento de la misma en su integridad.

4. *El gravamen sobre las reversiones contables.*

Habiéndose transcrito el dictamen de los expertos contadores, alusivo a esta parte del asunto litigioso, pónese de relieve en el fallo que "si el problema discutido es el doble descargo, la prueba relativa a los $ 13.877.155 resulta parcial y por lo tanto no puede aceptarse. No prospera el cargo..."

A continuación, practica nueva liquidación con inclusión, en el capítulo de las deducciones, de los ítems cuyo reconocimiento formalizó en apartes precedentes.

Obra la salvedad de voto del señor magistrado Julio E. Correa R., en torno al desencaje que, en su sentir "es un concepto económico, definido y regulado por la ley, con miras de proteger y dar seguridad y estabilidad al sistema bancario y a la comunidad misma", que ofrece dos situaciones diferentes: "una, la de la liquidación diaria del encaje, que consiste en el cálculo con base en las cifras diarias de las exigibilidades sujetas a encaje y su comparación con los saldos diarios de las disponibilidades computables, determinado el exceso o defecto diario de encaje, viene luego la segunda situación o sea la determinación positiva o negativa del encaje, que se conoce como posición mensual de encaje, entendiéndose que existe posición de desen-

caje cuando durante un mes calendario, la suma de los defectos de encaje supera a la suma de los excesos diarios de encaje", caso en el cual se causa un interés del 2.5%, que es como un sobregiro aceptado por el banco central, en un medio de exiguos recursos financieros, que hace de los intereses una expensa necesaria deducible.

Igualmente, el de la señora magistrada Mercedes Salgado de Gutiérrez, atinente a la deducibilidad de las pérdidas, aspecto sobre el que considera indebido el agotamiento gubernativo, ya que el hecho de "no haberse solicitado la deducción doblemente", no fue discutido en la vía gubernativa.

Sustentación del recurso contencioso:

Motivo de la apelación, es la decisión adversa del *a quo*, en lo concerniente a las cuestiones del interés por desencaje y las reversiones contables.

En torno de la primera, el señor apoderado de la actora repite la argumentación expuesta en la demanda.

Acerca de la segunda, sobre el texto de los apartes pertinentes del dictamen contable, se reafirma en el supuesto de no tener, las correcciones o reversiones de que se trata, el carácter de renta bruta, no obstante haberse computado así en la declaración tributaria, menos cuando en ésta aparece, al propio tiempo, una partida de igual valor, por concepto de deducciones, que contrarresta la primera.

Ultimas alegaciones de las partes:

El traslado común conferido a los contendientes, al efecto, fue atendido únicamente por la señora abogada delegada del director general de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien manifiesta oponerse a los planteamientos esenciales de la demanda y del recurso.

Al primer punto materia de este último, porque, en su entender, a los intereses discutidos falta el nexo de causalidad que se predica en toda deducción, a más de que los mismos no son de la índole de los exceptuados de este requisito, según el artículo 47 del Decreto 2053 de 1974, y que, como se precisara en los actos acusados, implican el incumplimiento de disposiciones crediticias, que no puede tenerse como práctica habitual o normal.

Al segundo, habida la circunstancia de que, como se indicó en la sentencia "la cantidad discutida, o sea, los $ 13.877.155, hacen parte de una superior de $ 24.184.084, de esta última fue reconocida la cantidad de $ 10.306.926, y como se está cuestionando el doble descargo,

tal como lo consignaron los peritos la cantidad de $ 13.877.155 no representa un incremento real del patrimonio del banco, pues ella constituye información operacional del movimiento de reversiones, reajuste, reintegros o descuentos, dentro de la mecánica propia del sistema de partida doble en la contabilidad..."

Concepto del Ministerio Público:

La señora Fiscal Sexta de la Corporación, solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

Con relación a los intereses desechados, afirma no ser deducible un desembolso originado en el quebrantamiento de la ley.

No cree, en efecto, que aquél se pueda tener como normal, necesario y con relación de causalidad frente a la renta declarada, en los términos del artículo 45 del Decreto 2053 de 1974, porque es consecuencia del incumplimiento de un deber, que no se legitima por el hecho de que la situación de desencaje sea frecuente en algunas entidades bancarias y "porque no puede aceptarse que el desencaje sea necesario para el desarrollo del objeto social del banco", debiendo éste, al contrario, ajustarse a las disposiciones legales; por último, dado que, como lo alega el recurente "se trata de un mecanismo de desestímulo financiero, que impide o contrarresta la utilidad que puede obtener el banco por préstamos otorgados por encima de lo autorizado por las autoridades monetarias", el mantener el encaje es obligación cuyo incumplimiento acarrea sanciones (multas e intereses) que tienen por fin "desestimular la inobservancia de la ley", de donde, no es lógico que lo desestimulado por el orden económico, se estimule por las normas fiscales.

En lo que respecta a las reversiones, considera que el hecho de que la Administración hubiera aceptado como procedentes, conforme al artículo 57 del Código de Comercio, solamente aquellas comprobadas, en suma de $ 10.306.927, no la cifra restante, la controvertida, que correspondía a "ingresos por recuperación de deudas perdidas, las cuales obviamente ya habían sido descargadas de los estados financieros, de manera que aceptarlas, implicaba una doble deducción..."

Agrega la señora Fiscal Sexta que, en tales circunstancias, el dicho de los peritos no desvirtúa el aludido cuestionamiento administrativo, pues no mencionan éstos la objeción de la doble deducción, que es a lo que se refiere el *a quo*, cuando califica de "incompleta" la pericia.

Por lo demás, halla que, en efecto, la cantidad admitida oficialmente, esto es, la suma de $ 10.306.927, remite a conceptos como las devoluciones de comisiones e intereses, mayores valores cobrados o liquidados por sobregiros, que en su momento fueron ingresos, pero que posteriormente, corregidos los asientos, se devolvieron a los clien-

tes. En tanto que la desconocida, $ 13.877.155, es reversión de deudas castigadas, o sea, recuperación de deudas perdidas, según lo puntualizó la Administración, cargadas doblemente a gastos incobrables por el banco.

Consideraciones de la Sala:

1. *De los intereses por desencaje.*

Es sabido que el encaje, o cantidad mínima porcentual de dinero que las entidades bancarias, corporaciones financieras y compañías de financiamiento comercial, deben congelar y no utilizar en sus colocaciones comporta el doble carácter de garantía de sus obligaciones y responsabilidades financieras con depositantes y clientes, y con mayor importancia de instrumento de política monetaria, regulador de la expansión secundaria del dinero, del flujo de los medios de pago y del ritmo inflacionario.

Trátase pues, de una institución legal sujeta a drásticas medidas de reglamentación por la junta monetaria por delegación del legislador, debido a la grave incidencia de eventuales, desajustes en el comportamiento de los aspectos monetario, crediticio y cambiario.

Consiguientemente, no es exacto, de una parte, que una posición de desencaje, o posición negativa de encaje, constituya situación normal en las relaciones entre la institución financiera y la banca central, o entre aquélla y sus clientes o depositantes, ni de otra, que el "interés" que genera el desfase sea simplemente remuneratorio.

En efecto, bajo el régimen del artículo 32 de la Ley 45 de 1923, era previsible que una posición negativa de encaje que persistiera por menos de 20 días consecutivos, estuviera a salvo de sanciones, puesto que la multa inicial de 1% y las subsiguientes del 2% que le ordenaba aplicar, debían liquidarse sobre el "promedio de deficiencia en los primeros veinte días en que aquélla dure", único caso, tal vez, en el que la recurrencia del desencaje ofrecía visos de alguna "normalidad", hipótesis más tarde rectificada por la Ley 17 de 1925, en cuyo artículo 3º se dijo que las mencionadas sanciones, eran aplicables aún en el evento de no completarse los veinte días consecutivos, si se hubiere apelado "a medios inconvenientes o inseguros para cubrir tales deficiencias".

Años más tarde, en el artículo 11 del Decreto 756 de 1951, se dispuso que, sin perjuicio de lo ordenado en los dos preceptos que se comentan, las entidades bancarias debían pagar un "interés" del 12% anual sobre las deficiencias de encaje, liquidado sobre saldos diarios, intereses que, por supuesto, era moratorio o sancionatorio, por ausencia de causa jurídica contractual de la que pudiera concluirse el carácter remuneratorio del mismo.

Por último, el artículo 8º de la Resolución 50 de 1974, de la junta monetaria, igualmente sin perjuicio de los artículos 32 de la Ley 45 de 1923 y 3º de la Ley 17 de 1925, estableció una "sanción pecuniaria" del 2.5% sobre los defectos de encaje legal.

En los artículos 6º y 7º de dicho estatuto, se había fijado el "sistema para el cómputo del encaje", y en el artículo 9º, sanciones accesorias por la persistencia del desencaje "en un determinado mes".

Es de destacar, que el artículo 23 de la Ley 7ª de 1973, había "modificado" el artículo 11 del Decreto 756 de 1951, esto es, que por la época en que se presentó la situación de desencaje discutida en este proceso, no existía siquiera el "interés moratorio", sino "sanciones pecuniarias" y otras, de la especie de las descritas en el artículo 9º de la antecitada Resolución 50, siempre sin perjuicio de las disposiciones de las Leyes 45 de 1923 y 17 de 1925 en la materia.

Es, pues, inaceptable la tesis de que los desembolsos aquí controvertidos tuvieron el carácter de intereses meramente remuneratorios y que éstos se hubieren causado en desarrollo de operaciones normales de cambio, por lo cual, en concierto con las mesuradas razones del Ministerio Público, se debe confirmar la sentencia apelada.

2. *De las reversiones contables:*

En este punto, la Sala también comparte el concepto de la distinguida colaboradora fiscal, toda vez que lo debatido y que constituía el tema de la prueba, no era simplemente, como lo pretende el señor apoderado de la actora, que el total del rechazo original en el ítem, o sea, la suma de $ 24.124.085, se hubiera imputado a ingresos y luego reversado por egresos, sino que referente al saldo finalmente desestimado de $ 13.277.155, la Administración había planteado nítidamente, con apoyo en la prueba contable esgrimida, a saber, el certificado del revisor fiscal y los comprobantes de contabilidad respectivos, la incursión en el fenómeno de la doble deducción, toda vez que, correspondiendo dicho saldo de $ 13.277.155 a deudas incobrables, la actora había utilizado, por una parte, el sistema de cargar éstas íntegramente a una provisión para deudas de dudoso o difícil cobro, por lo demás, autorizado en el artículo 12 de la Resolución 1619 de 1969 de la Superintendencia Bancaria, y además, el de descontar las mismas, *directamente*, con cargo a pérdidas y ganancias, como si la provisión no hubiera sido suficiente, hecho irregular sobre el que, ciertamente, nada dijo o aclaró el peritaje y referente al cual el recurso no está llamado a 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:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA-Hecho generador/RENTA GRAVABLE

Son ingresos, para efectos de impuesto sobre la renta, los obtenidos en dinero o en especie, ordinarios o extraordinarios, siempre que constituyan enriquecimiento para el contribuyente que los recibe y se hayan realizado en el año gravable. Un ingreso enriquece a quien lo recibe, cuando pueda aumentar su patrimonio. Por esta razón, no son ingresos determinantes de rentas, aquellos que corresponden a reembolso de capital, pago de una deuda, indemnización por daño emergente. (Ejercicio fiscal de 1974).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 0407. Actor: Ana Candelaria Falla de Serrano. Imporrenta 1974. Fallo.

Por medio de apoderado, la señora Ana Candelaria Falla de Serrano, con cédula de ciudadanía número 26.412.638, dentro de la oportunidad legal prevista en el Decreto 3825 de 1985, solicitó la reconstrucción del proceso "juicio de revisión de impuestos", pendiente de fallo con anterioridad al 6 y 7 de noviembre de 1985 (fl. 35).

El proceso según afirmación de la parte actora, se encontraba en el momento de su destrucción en esta Corporación en trámite del recurso de apelación de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de noviembre de 1982 (fl. 29).

Cumplidos los requisitos legales de reconstrucción y traslados, es el caso de fallar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia mencionada, en donde el Tribunal denegó las súplicas de la demanda.

Antecedentes:

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó a la contribuyente la liquidación de revisión número 501905 de 6 de

abril de 1977, para modificar las bases gravables establecidas por la declarante en su liquidación privada del impuesto sobre la renta y patrimonio del año gravable de 1974, y adicionar a la renta gravable declarada la suma de $ 513.419.00 como ingresos no declarados, por cuanto la denunciante no desvirtuó que dicho valor pueda considerarse como ingresos susceptible de producir un incremento neto. Artículo 15, Decreto 2053 de 1974 (fls. 12 y 13).

Contra la anterior liquidación recurrió ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, para alegar que el movimiento bancario de una persona mal puede ser constitutivo de ingresos determinantes de renta, porque es complejo y puede proceder de dineros de terceras personas. "El hecho de que una persona consigne dineros no significa que constituya para ella ingresos determinantes de renta en el sentido establecido en el artículo 21".

Luego hace referencia al artículo 29 del Decreto 437 de 1961 para manifestar qué se entiende por enriquecimiento frente a ingresos percibidos para determinar la renta bruta.

Estas afirmaciones se toman de las transcripciones que aparecen en la sentencia apelada, ya que en el expediente no obran los resceptivos memoriales; como tampoco las resoluciones proferidas por las oficinas gubernativas, pero cuyos números y fechas se citan en la misma sentencia, dándolos por ciertos en consideración a la circunstancia propia a la reconstrucción del expediente y a lo dispuesto en el artículo 1º, numeral 7º del Decreto 3825 citado.

Los recursos en la etapa gubernativa fueron resueltos mediante las Resoluciones números 001925 de 6 de abril de 1978 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, División de Recursos Tributarios, y R-01860-H de 18 de junio de 1979 de la Dirección General de Impuestos Nacionales. En ambas providencias se confirmó la liquidación recurrida, y con la última, se agotó la vía gubernativa.

El actor acude a lo contencioso en juicio especial de revisión de impuestos. Plantea la violación de los artículos 21 y 29 del Decreto 437 de 1961 y el artículo 64 del Decreto 01651 de 1961.

Para explicar el concepto de la violación, vuelve sobre lo alegado en la etapa gubernativa, vale decir, que el artículo 21 se viola, porque, se le está dando un alcance que no tiene, toda vez que, el movimiento bancario no pueda ser indicativo de ingresos constitutivos de renta en el sentido que tiene el concepto en el artículo 21 del Decreto 437 de 1961.

El artículo 29, porque, los bancos reciben a diario dinero por distintas causas y en ese momento su patrimonio se aumenta objetivamente considerando el hecho y sin embargo así puede hablarse de enriquecimiento para ellos en el sentido que tiene establecido el artícu-

lo 29 y agrega: "Cosa distinta sería que ese movimiento se viera respaldado por la propia confesión del contribuyente al aceptarlo como fruto de sus actividades productoras de renta".

Con relación al artículo 64, dice se violó por errónea interpretación, pues él tiene aplicación cuando exista alguna prueba distinta a la declaración de renta y patrimonio sobre la existencia de un ingreso constitutivo de renta, y la verificación del movimiento bancario no es prueba distinta de la declaración de renta y patrimonio sobre la existencia de un ingreso constitutivo de renta.

El Tribunal, con sentencia de 26 de noviembre de 1982, falló la demanda en el sentido de denegar las súplicas de la misma, argumentando que la contribuyente no demostró que su movimiento bancario obedezca a consignaciones de dineros, por concepto no constitutivos de ingresos determinantes de renta. Por esta razón, considera la Administración no hizo otra cosa que darle aplicación al artículo 64 del Decreto 1651 de 1961 que prescribe:

"Cuando exista alguna prueba distinta de la declaración de renta y patrimonio del contribuyente sobre la existencia de un ingreso, son aplicables las siguientes normas: a) Si el contribuyente alega haberlo recibido en circunstancias que no lo hacen constitutivo de renta, está obligado a demostrar tales circunstancias..."

No obra en el expediente memorial interponiendo recurso de apelación contra la citada sentencia, pero es lo cierto, y así lo considera la Sala, por las noticias que de él da el Tribunal en su constancia de 31 de enero de 1986, obrante a los folios 26 a 27, según la cual por auto de 26 de enero de 1983 fue concedido el recurso de apelación y enviado el expediente a esta Corporación con oficio número 0056 de 12 de febrero del mismo año.

A folio 22 obra memorial de conclusión suscrito por el apoderado inicial, en donde se exponen nuevamente los extractos bancarios considerados como ingresos netos de renta, los valores consignados y aplicaron la sanción del 500% y agrega: "...los extractos bancarios, o los depósitos de este género, no pueden constituir *prueba distinta* a la declaración de renta y patrimonio sobre la existencia de un ingreso constitutivo de renta.

"Trae en el caso del señor Alberto Serrano Perdomo, ya que en ella se resuelve exactamente el mismo punto de derecho al que se resuelve en este.

Consideraciones de la Sala:

Se observa que el fundamento de prueba tenido en cuenta por la Administración de Impuestos Nacionales, para adicionar la renta gravable declarada por la contribuyente, la constituye el estudio efectua-

do por auditoría de Impuestos, sobre los extractos bancarios de la declarante, tomando como ingresos los valores consignados en su cuenta corriente del Banco Popular durante el ejercicio fiscal de 1974, o sea, la suma de $ 513.419.00.

Por ninguna parte del expediente aparece prueba alguna que establezca plenamente, que tales consignaciones obedezcan a ingresos determinantes de renta y por lo tanto susceptibles del gravamen.

Son ingresos, para efectos de impuesto sobre la renta, los obtenidos en dinero o en especie, ordinarios o extraordinarios, siempre que constituyan enriquecimiento para el contribuyente que los recibe y se hayan realizado en el año gravable. Un ingreso enriquece a quien lo recibe, cuando pueda aumentar su patrimonio. Por ésta razón, no son ingresos determinantes de rentas, aquellos que corresponden a reembolso de capital, pago de una deuda, indemnización por daño emergente. Se entiende realizado cuando se recibe efectivamente, en forma que equivalga legalmente a un pago, o se traduce en un enriquecimiento originado en cualquiera de los medios de extinción de las obligaciones civiles, como la compensación o la confusión. En otros términos; no aparece demostrado en el expediente que la contribuyente haya omitido declarar ingresos susceptibles de gravamen.

Esta Corporación en repetidos fallos ha sostenido este criterio con relación a este tipo de investigación, entre otros en el citado por la actora, en el que se dijo: "De la actividad desplegada por los funcionarios investigadores, no se establece la ocurrencia de ningún hecho generador del impuesto de renta. Lo único que se demostró fue que el contribuyente consignó en sus cuentas bancarias sumas que exceden la de los ingresos declarados, pero esas consignaciones no demuestran por si solas que se tratará de ingresos constitutivos de renta, en el sentido en que precisan las normas invocadas. Menos aún que el contribuyente hubiera omitido tales ingresos, todo el procedimiento se basó en una presunción que la ley no consagra, ni se infiere del hecho establecido; la consignación de sumas en cuentas corrientes".

En este mismo fallo y con relación a la aplicación del artículo 64 del Decreto 1651 de 1961, se dijo:

"Conforme al artículo 64 del Decreto 1651 de 1961".

"*Cuando exista alguna prueba* distinta de la declaración de renta y patrimonio del contribuyente *sobre la existencia de un ingreso.* Son aplicables las siguientes normas:

"a) *Si el contribuyente alega haberlo recibido* en circunstancias que no lo hacen constitutivo de renta, está obligación a demostrar tales circunstancias"; b)... (destaca la Sala).

De la anterior proposición legal deriva el Tribunal la conclusión de que el contribuyente" no desvirtuó la actuación de las agencias fiscales". Pero no tiene en cuenta que tal carga probatoria depende de los supuestos de la ley; la existencia de una prueba sobre la realización de un ingreso, y la aceptación por parte del contribuyente, de que sí lo recibió, pero en circunstancias que no lo hacen constitutivo de renta, requisitos que no se cumplen en el presente caso.

La competencia que la ley atribuye a los funcionarios encargados de la investigación sobre ocurrencia y medida de hecho generador de obligaciones tributarias, no puede confundirse con una facultad omnímoda arbitraria, de presumir hecho, menos puede pretenderse que de tales presunciones se desprenda la consecuencia de que, salvo que el contribuyente las desvirtúe, queda demostrado el evento de cuya demostración se trata.

Lo anterior, lleva a la conclusión de que la adición de ingresos a los declarados por la contribuyente carece de sustento probatorio. No está por demás, tener en cuenta que quedó demostrado que la contribuyente, no lleva libros de contabilidad, por no estar obligada a ello. Por otra parte, de las declaraciones rendidas por los señores Joaquín Falla Pérez y Jesús Antonio Flórez, se desprende que varias de las consignaciones que hizo la contribuyente, tuvieron por origen auxilios que recibía la contribuyente para el sostenimiento de su señora madre, de sus otros hijos y que la actora administraba.

No habiendo la contribuyente omitido ingresos, no hay lugar a imponer sanción por inexactitud, en esta base. No sucede lo mismo en relación con el patrimonio en donde subsiste el aumento determinado en la liquidación o revisión demandada, ya que la contribuyente, sobre este punto nada dijo, ni desvirtúa lo efectuado en la liquidación de revisión. Por lo tanto, en cuanto a patrimonio hay lugar a imponer la mencionada sanción.

En consecuencia, la Sala procede a modificar la determinación del impuesto objeto de la demanda, en los siguientes términos:

Concepto	*Base*	*Impuesto*
Renta		
La gravable determinada en la liquidación oficial Nº 501905 de abril 6/77	$ 554.590	
Menos: Ingresos adicionados	$ 513.419	
Renta gravable	$ 41.171	$ 4.969
Menos: Total descuentos		2.500
		2.469

Patrimonio

El gravable determinado en la liquidación oficial	$ 644.973	5.105
Total renta y complementario		$ 7.574

Sanción por inexactitud

Impuesto patrimonio con omisión		5.105
Impuesto sin omisión		5.027
Diferencia, base sanción al 500%	78	390
Total a cargo	$	7.964

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:

1º *Revócase* la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 26 de noviembre de 1982, por la cual negó las pretensiones de la demanda formulada por la contribuyente Ana Candelaria Falla de Serrano, contra la determinación del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1974.

2º La obligación a cargo de la citada contribuyente por concepto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1974, se fija en la suma de siete mil novecientos sesenta y cuatro pesos moneda corriente ($ 7.964.00).

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. 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.*

Judith López Díaz, Secretaria (E).

COMPARACION DE PATRIMONIOS/LIQUIDACION DE REVISION/ACTO ADMINISTRATIVO

Al determinar la renta por comparación de patrimonios, luego de concluida la etapa gubernativa en la cual se utilizó el sistema de depuración normal, no se puede modificar o variar el proceso a seguir, pues habiéndose convertido el acto administrativo en definitivo y siendo objeto de la demanda no podía el juez administrativo variarlo sustancialmente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiueve de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 0694. Actor: Compañía de Seguros Bolívar S. A., contra la Nación. Reconstrucción del proceso. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Compañía de Seguros Bolívar S. A., contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de abril de 1985, por haberse modificado el sistema ordinario de determinación de la renta gravable por el de comparación de patrimonios, a cargo de la sociedad referida, por el año gravable de 1978.

Antecedentes:

Reconstruido como se halla el expediente, es procedente decidir el recurso de apelación interpuesto por la Compañía de Seguros Bolívar S. A., identificada fiscalmente con Nit. 60.002.503, contra la sentencia de 20 de abril de 1985 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se apartó del sistema ordinario de determinación de la renta gravable de la citada sociedad como lo había determinado la Administración Tributaria y estableció la renta gravable de la demandante por el sistema de comparación de patrimonios. La sociedad actora presentó su declaración de renta por 1978 el 20 de abril de 1979 bajo el número 001221 en la mesa 459 DIN Bogotá (fl. 7). Posteriormente adicionó dicha declaración con la número 000665 de 25 de febrero de 1980 en la mesa 582 DIN Bogotá (fl. 4). Previo el requerimiento número 0315 de 14 de abril de 1981, se le practicó la liquida-

ción oficial número 101668 de 28 de julio de 1981 que determinó la renta gravable por el sistema ordinario desconociendo deducciones por pagos menores inferiores a $ 30.000 por un total de $ 851.735, comisiones por $ 9.144.542, provisiones de cartera por $ 7.898.728, intereses por $ 155.449, salarios por $ 145.213.638 y la posibilidad de determinar la renta por el sistema de comparación patrimonial. La vía gubernativa se agotó mediante las Resoluciones números A-001410-P de 13 de septiembre de 1982 originaria de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá (fls. 15 a 25) y la Resolución número R-01302-H de 31 de agosto de 1983 de la Dirección General de Impuestos Nacionales que aceptó costos por $ 34.996.463 (fls. 26 a 56).

Mediante demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 57 a 61-A), pidió que se revisara la operación administrativa que determinó el impuesto sobre la renta a su cargo e invocó como disposiciones violadas el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 y el artículo 32 de la Ley 52 de 1977. Limitó su petición en concepto de pagos laborales a la suma de $ 138.911.740 (fls. 60 bis).

El Tribunal al examinar las pruebas aportadas encontró pagos realizados al SENA por $ 2.324.151.54, equivalentes al 2% de salarios por $ 116.207.277 los cuales consideró deducibles por hallarse legalmente comprobados.

Pero, a pesar de lo anterior, determinó la renta gravable por comparación de patrimonios, apoyado, en la hipótesis sugerida en el memorando de la liquidación oficial que dice:

> "En caso que la sociedad presente el recurso de reconsideración establecido en los artículos 53 de la Ley 52 de 1977 y 39 del Decreto reglamentario 825 de 1978, deben comprobar plenamente no sólo los costos y deducciones sino el pasivo por la suma de $ 10.235.122 así como la disminución del activo por $ 12.106.678 porque si comprueban los valores que determinaron el aumento de la renta calculada por el sistema ordinario y no los dos últimos la renta se establecerá por el sistema especial de comparación de patrimonios de conformidad con los artículos 74 Decreto 2053 de 1974 y 91 del Decreto 187 de 1975".

Acto seguido, como se observa a folios 67 y 68 del expediente, transcribió el planteamiento del memorando explicativo de la liquidación oficial para llegar a una renta gravable por el sistema de comparación de patrimonios de $ 136.344.073 menos las exentas por $ 9.493.423, y a folio 68 del expediente dijo:

> "En este orden de ideas y no habiéndose impugnado en la demanda lo relativo a la comparación de patrimonios planteada en el acto de liquidación de revisión, memorando

explicativo de la misma, el impuesto de renta habrá de determinarse en los términos antes transcritos".

En su alegato de apelación (fls. 74 a 83) transcribe el aparte de la sentencia copiado anteriormente y agrega:

"1. En la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene por objeto examinar la legalidad de los actos administrativos que hayan tenido existencia, no de aquellos actos que simplemente quedaron como un pensamiento en la mente de los funcionarios administrativos correspondientes sin haberse concretado en una decisión".

Expresa que las condiciones a que se refiere el memorando explicativo "son de carácter suspensivo" lo que aplaza la concreción de la decisión del funcionario sobre la base para liquidar el impuesto y al decir se *determinará* indica que la base gravable aún no se ha fijado en forma concreta.

"2. La liquidación cuya nulidad solicita contiene dos partes: a) la liquidación en sí por el sistema de depuración normal con los rechazos allí efectuados y, b) Un planteamiento hipotético, un enfoque, una expectativa en lo relacionado con la determinación de la renta por comparación de patrimonios. Sostiene con cita de diversos autores, cuyas definiciones transcribe (fls. 77 y 78) que el acto administrativo 'comprende un razonamiento y una decisión, un acto de inteligencia y un acto de voluntad' y concluye que en la liquidación atacada sólo la determinación de la base gravable por el sistema ordinario es un verdadero acto administrativo, y que de la parte referente a la comparación patrimonial no surgió un acto de voluntad, sólo fue un pensamiento y no hubo determinación concreta de la Administración".

3. Con fundamento en el artículo 49 de la Ley 52 de 1977, limitante del contenido de las liquidaciones, no permite al liquidador establecer alternativas para llegar a la base gravable y si la ley sustantiva las crea, la ley procedimental determina el momento en que el acto debe practicarse y la posibilidad para determinar la base gravable en un tiempo y caso determinados.

Afirma que al agotarse la vía gubernativa se revocó parcialmente la liquidación practicada quedando para ser examinado por la jurisdicción "el acto que estableció un impuesto sobre determinadas bases mediante el sistema de depuración normal. Tanto la parte revocada por el superior, como lo que simplemente constituyó una hipótesis de liquidación, resultan jurídicamente inexistentes, razón por lo cual no tenían ni podían ser acusadas en la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

4. Alega que la propia Dirección de Impuestos en Resolución número 985 de 14 de septiembre de 1984 declaró contrario al debido

proceso el hecho de cambiar el sistema de determinación de renta, en el caso de aceptar explicaciones de la diferencia patrimonial y optar luego por el sistema de depuración normal, desconociendo deducciones que no modificó la liquidación.

Fundamenta así mismo su petición en el artículo 41 de la Ley 52 de 1977 que da a la Administración la facultad de modificar por una sola vez la liquidación privada mediante la liquidación de revisión.

5. Sostiene, con base en el artículo 82 del C. C. A., que la Jurisdicción Contenciosa no está hecha para suplir las omisiones en que hayan podido incurrir los funcionarios administrativos. La ley les da amplias facultades para hacer requerimientos, e investigaciones antes de efectuar la liquidación con el fin de que todo quede perfectamente aclarado. Como los funcionarios administrativos no hicieron la liquidación por comparación de patrimonios, el Tribunal no está llamado a subsanarla, sino a juzgar el acto administrativo realmente dictado.

El Ministerio Público en su concepto de fondo (fls. 115 a 121), solicita revocar la sentencia apelada y aceptar, teniendo en cuenta el sistema de depuración normal las deducciones en cuantías de $ 116.207.257.

Dijo el Ministerio Público:

> "a) La demanda impugnó la liquidación oficial número 101668 de 28 de julio de 1981, en la que la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá le determinó al contribuyente la renta gravable mediante la aplicación de denominado sistema ordinario, previsto por el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, por un solo motivo, o sea el rechazo de deducciones por concepto de pago de salarios ($ 145.688.00)".
>
> "b) El Tribunal admitió que el contribuyente tenía derecho al reconocimiento de las deducciones, en cuantía de $ 116.207.577.00, pero en vez de sustraer esta cantidad de la renta gravable que habían determinado las autoridades de impuestos, por medio del sistema ordinario, procedió a practicar una nueva liquidación de impuestos, en la que determinó la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios".
>
> "Para justificar esa decisión, el *a quo* expuso las siguientes explicaciones:
>
> "Ahora bien, con las pruebas aportadas habría lugar a un reconocimiento de deducciones por salarios de $ 116.207.577 que sumadas a las aceptadas en la providencia que falló en definitiva el recurso gubernativo, desvirtúan los valores que determinaron el aumento de la renta ordinaria, pero al mismo

tiempo conduce a determinar el impuesto de renta por el sistema de comparación de patrimonios, toda vez que la materia de impugnación quedó reducida en la demanda a los aportes hechos al SENA sobre salarios. Las normas indicadas como violadas, el concepto de violación y las pruebas aportadas se encaminan a demostrar los aportes al SENA".

"Lo anterior se funda en que en el memorando explicativo del acto de liquidación de revisión se expresa:

" 'En caso que la sociedad presente el recurso de reconsideración establecido en los artículos 53 de la Ley 52 de 1977 y 39 del Decreto reglamentario 825 de 1978, deben comprobar plenamente no sólo los costos y deducciones sino el pasivo por la suma de $ 10.235.122, así como la disminución del activo por $ 12.106.678 porque si comprueban los valores que determinaron el aumento de la renta calculada por el sistema ordinario y no los dos últimos la renta se establecerá por el sistema especial de comparación de patrimonios de conformidad con los artículos 74 Decreto 2053 de 1974 y 91 del Decreto 187 de 1975 como se demuestra a continuación:

"DETERMINACION DE LA RENTA POR EL SISTEMA ESPECIAL DE COMPARACION DE PATRIMONIOS en caso de no comprobar el punto 1º de este memorando:

"Patrimonio bruto declarado (según adición número 000665 de 25 de febrero de 1980)		$ 639.136.732
Más provisiones desestimadas (literal C punto 1º)		$ 12.106.678
Patrimonio bruto fiscal		$ 651.243.410
Pasivo aceptado: Propuesto	396.935.064	
Desestimado (literales A y B, punto 1º)	10.935.064	$ 386.699.942
Patrimonio líquido fiscal a diciembre 31 de 1978		$ 264.543.468
Patrimonio líquido fiscal a diciembre 31 de 1977 según adición Nº 93237 de octubre 24 de 1978		$ 128.199.395
Renta gravable calculada por el sistema especial de comparación de patrimonio en caso de desvirtuar la calculada por el sistema ordinario		$ 136.344.073

(fl. 5 del cdno. ppal.).

"En este orden de ideas no habiéndose impugnado en la demanda lo relativo a la comparación planteada en el acto de liquidación de revisión, memorando explicativo de la misma, el impuesto de renta habrá de determinarse en los términos antes transcritos".

"c) El artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 establece las reglas que se deben aplicar para determinar la renta gravable".

"Esta norma dispone: 'La renta líquida gravable se determina así: De la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción y que no hayan sido expresamente exceptuados en este decreto; se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta, se obtiene la renta líquida. Salvo las excepciones legales, la renta líquida es una renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en el presente decreto' ".

"Este sistema, denominado comúnmente 'ordinario fue el que se empleó en la liquidación oficial para establecer la renta del contribuyente. Como excepción a este sistema, el Decreto 2053 de 1974, en su artículo 74, consagró otro, llamado sistema especial de determinación de la renta por comparación de patrimonios' ".

"Al respecto, el artículo 74, dice:

"Cuando la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional, resultare inferior a la diferencia entre el patrimonio líquido del último período gravable y el patrimonio líquido inmediatamente anterior, dicha diferencia se considera renta gravable, a menos que el contribuyente demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificadas".

"Previamente a esta comparación, deberán hacerse los siguientes ajustes:

"... ... ..."

"d) De las disposiciones transcritas, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

"1ª La determinación de la renta gravable y la fijación de los impuestos que corresponden a aquella, mediante la aplica-

ción del sistema ordinario, excluye la aplicación posterior del sistema especial o excepcional de renta por comparación de patrimonios; pero la aplicación de este último si puede dar lugar que posteriormente se emplee el sistema ordinario, lo que ocurre cuando el contribuyente demuestre que 'el aumento patrimonial obedece a causas justificadas' ".

"2ª En otras palabras, puede afirmarse que sí, antes de practicar la liquidación de revisión, el funcionario competente advierte que la renta gravable derivada de la aplicación del sistema ordinario es inferior a la cantidad que se obtiene al emplear el sistema de comparación patrimonial, aquél debe, al practicar la liquidación, mantener este último sistema y, obviamente, fijar como renta gravable la diferencia patrimonial, salvo que el contribuyente demuestre que 'el aumento patrimonial obedece a causas justificadas', caso en el cual se aplica, lógicamente, el ordinario; pero si antes de practicar la liquidación de revisión, el funcionario observa que la renta gravable derivada de la aplicación del sistema ordinario es superior a la cantidad que se obtiene al emplear el de comparación patrimonial aquél debe, al elaborar la liquidación, determinar la renta por medio del primer sistema, sin que posteriormente pueda variar el método de determinación de la base gravable".

"e) Realmente sorprende la decisión del Tribunal puesto que esta Corporación conoce muy bien la forma en que operan ambos sistemas".

"La afirmación que hace el *a quo* en el sentido de que por el hecho de no haberse 'impugnado en la demanda lo relativo a la comparación de patrimonios planteada en el acto de liquidación, memorando explicativo de la misma, el impuesto de renta habrá de determinarse en los términos antes transcritos', es inadmisible puesto que ya se vio que una vez se practica una liquidación por el sistema ordinario, y contra ésta se interponen los recursos legales no se puede variar el método de determinación de la base gravable y de los impuestos".

"Además, hay que tener en cuenta que en la liquidación de revisión no se estableció la renta por comparación de patrimonios, es decir, no se tomó una decisión definitiva sobre este particular sino que simplemente se planteó la posibilidad de emplear este método, y que la vía gubernativa se agotó sin que se modificara, en este sentido, la liquidación; por lo tanto, no había razón válida para que la contribuyente, al acudir ante la jurisdicción, cuestionara una posibilidad o una decisión que las autoridades de impuestos no alcanzaron a tomar".

"En estas condiciones, si la vía gubernática culminó con una resolución en la que, de manera defintiva, se señaló una nueva renta gravable de $ 150.683.746, obtenida mediante la aplicación del sistema previsto por el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, y en la que no se le aceptaron a la sociedad las deducciones propuestas en su declaración la contribuyente, en su demanda, debía limitarse, como efectivamente lo hizo, a cuestionar las decisiones que le eran desfavorables, y no podía solicitar otra cosa que la aceptación de tales deducciones".

"Por lo expuesto, la Fiscalía conceptúa que el Consejo de Estado debe revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, limitando las deducciones a la suma que estableció el Tribunal ($ 116.207.257.00)".

Consideraciones de la Sala:

Previo el análisis de otros aspectos de la demanda, la Sala encuentra que el Código Contencioso Administrativo al tratar el objeto de la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, dispone en su artículo 82: "La Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo está instituida para juzar las controversias originadas en *actos y hechos administrativos* de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas..." (subrayas fuera del texto).

Si se examina en forma detenida la actuación del funcionario liquidador se observa que ésta constituye un verdadero acto administrativo pues constituye una decisión de carácter especial, encaminada a producir, por vía de autoridad un efecto de derecho. Pues bien: La liquidación oficial fue producida en forma concreta sobre determinadas bases gravables, esto es, hubo decisión por parte de la autoridad competente (funcionario respectivo). Produjo un verdadero efecto de derecho de carácter obligatorio, pues si no se hubieran utilizado en tiempo los recursos legales el impuesto determinado en la liquidación oficial se podía hacer efectivo. Era susceptible de los fenómenos de la obligatoriedad y de ejecutividad. Quiere decir lo anterior que la liquidación oficial demandada es un verdadero acto administrativo emanado de autoridad competente que produjo un efecto de derecho.

Lo afirmado en el memorando explicativo con respecto a la determinación de la renta por el sistema de comparación de patrimonios, no alcanzó a concretarse o materializarse. Es una hipótesis o suposición de algo que el funcionario respectivo tuvo en mente. Por tanto no alcanzó a llenar las condiciones y requisitos del acto administrativo. En consecuencia, el Tribunal no podía ni puede modificar o juzgar la controversia planteada sobre un acto administrativo y

darle aplicación a algo que se quedó en la mente del funcionario de gobierno. La disposición transcrita no lo faculta para revocar un acto administrativo y en su lugar darle base a una suposición.

Lo revisable, observa la Sala, en el caso de autos, es la parte del acto administrativo que quedó vigente luego de agotada la vía gubernativa pues la hipótesis o explicación en el memorando explicativo y lo revocado por la Dirección de Impuestos es inexistente. De tal suerte que el *a quo* nada podía modificar.

Con respecto a la no aplicación del principio del debido proceso invocado por la actora, en el artículo 26 de la Constitución Nacional enseña: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante autoridad competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio..."

La Sala encuentra que al determinar la renta por comparación de patrimonios, luego de concluida la etapa gubernativa en la cual se utilizó el sistema de depuración normal, no se puede modificar o variar el proceso a seguir, pues habiéndose convertido el acto administrativo en definitivo y siendo objeto de la demanda no podía el juez administrativo variarlo sustancialmente como lo hizo, cambiando las bases legales del acto acusado.

En las condiciones anteriores, se debe aceptar las deducciones que ya el mismo Tribunal encontró comprobadas conforme a derecho por $ 116.207.577 según consta a folio 67 del expediente, para lo cual se determinará la renta por el sistema ordinario así:

	Base	*Impuesto*
Renta: Gravada en la Resolución R-01302-H de 31 de diciembre de 1983 (fl. 54)	$ 150.683.746	
Menos: Deducciones por salarios sentencias reconocidas en este	$ 116.207.577	
Renta gravable	$ 34.476.169	$ 13.790.467
Menos: Descuento tributario (fl. 54)		$ 6.758.757
TOTAL A CARGO		$ 7.031.710

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta de acuerdo con el colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Revócase la sentencia apelada.

2º Revísase la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios a cargo de la Compañía de Seguros Bolívar S. A., por 1978 identificada fiscalmente con Nit: 60.002.503, conformada por la liquidación oficial número 101668 de 28 de julio de 1981, la Resolución número A-001410-P de 13 de septiembre de 1982 y la Resolución número R-01302-H de 31 de agosto de 1983, las cuales quedan sin valor.

3º Fíjase el impuesto a pagar en la suma de $ 7.031.710.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la Sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carmelo Martínez Conn, presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Judith López Díaz, Secretaria (E).

HECHO GENERADOR/IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS

No pueden las respectivas autoridades cobrar impuesto con base en lo que se cancela para usar los diferentes aparatos mecánicos que conforman el espectáculo, ya que al hacerlo estarían estableciendo un nuevo gravamen al uso de dichos aparatos, el cual no está autorizado por la ley, ni regulado por el acuerdo respectivo. El impuesto a espectáculos públicos recae entonces exclusivamente sobre la adquisición de la boleta personal de entrada al parque de atracciones. (Ejercicio fiscal de 1983).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., seis de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 0130. Apelación sentencia de julio 31 de 1985 del Tribunal de Antioquia, juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos a espectáculos públicos. Actor: Fredy Restrepo Yepes. Fallo.

Habiéndose cumplido el trámite de reconstrucción procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las súplicas de la demanda formulada contra los actos que determinaron el impuesto de espectáculos a cargo del actor, Fredy Restrepo Yepes, por las presentaciones del parque de atracciones mecánicas "Maryland Park", en la ciudad de Medellín, durante el tiempo comprendido entre el 15 de enero y el 27 de febrero de 1983.

Antecedentes:

En la demanda se solicitó:

1º Revisar la operación administrativa de liquidación de impuestos a espectáculos públicos contenida en:

a) Liquidación número 11478 de 2 de mayo de 1983.

b) Liquidación número 11505 de 5 de mayo de 1983.

c) Resolución número 001368 de 24 de julio de 1983 de COLDEPORTES, Antioquia.

d) Resolución 3001315 de 22 de septiembre de 1983 de la Dirección General de COLDEPORTES.

2º Ordenar realizar una nueva liquidación "única y exclusivamente" sobre las boletas de entrada y no sobre las de uso de cada aparato mecánico y con base en ella, el reintegro de los mayores valores cancelados con intereses del 3% mensual desde el momento en que se hizo el pago hasta su efectiva devolución.

La sentencia apelada:

El fallo del *a quo* negó las pretensiones de la demanda y para ello parte de la definición que de "espectáculo" da el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, para afirmar que las denominadas "ciudades de hierro" son un espectáculo pero con algunas particularidades ya que para disfrutarlo se requiere de varias boletas de entrada, una de costo ínfimo para ingresar al espacio general dentro del cual se encuentran las diversas "atracciones mecánicas" y otras de costo más elevado y proporcional a la clase de diversión ofrecida.

Insiste el *a quo*, que todas son boletas de entrada: una de entrada al parque y otras de entrada a cada uno de los sitios delimitados para cada aparato.

Agrega "si el hecho gravable es la entrada al espectáculo o diversión", según el Acuerdo 22 y la base "el valor de cada boleta de entrada personal", no hay fundamento para admitir que en el caso específico de los parques de atracciones se cause gravamen únicamente sobre la boleta de valor menor".

Concluye que:

"En conclusión, la ley se refirió al gravamen o carga sobre el disfrute, sobre el uso, y no únicamente sobre la entrada al espectáculo que ofrecen las ciudades de hierro y atracciones mecánicas; de ahí que el impuesto debe cobijar el porcentaje sobre todo el espectáculo que va desde la entrada hasta la utilización de los diversos juegos, máquinas o aparatos mecánicos.

"Por lo expuesto, no hay doble tributación, no hay doble impuesto. Dede haber comprensión del valor que se pague por todo el espectáculo, debe hacerse la liquidación sobre la suma que arroje el total recaudado, y así lograr la certeza en la liquidación del gravamen. No hay que olvidar que del ente público se está utilizando la infraestructura municipal y es a voluntad del empresario que se paga el tributo en la práctica, debido a la limitación en su señalización, de

un lado, y de otro, el contenido de la Ley 12 de 1932, hay que armonizarlo con el del art. 109 del Acuerdo 22 de 1980 (en el caso que ahora se desata la Ley 30 de 1971 armonizada con el Decreto 021 de 1972)".

El recurso de apelación:

Insiste el recurrente en los planteamientos de la demanda y afirma que:

"Se equivoca el honorable Tribunal porque la Ley 1ª de 1967, la Ley 49 de 1967, la Ley 30 de 1971 y el Decreto reglamentario 021 de 1972 expresaron en forma concreta que el 10% se aplicará sobre el valor total al público de cada boleta de entrada.

"Se equivoca el Tribunal al establecer que no hay doble tributación, no hay doble impuesto o aumento del mismo.

"La doble tributación prohibida por la Ley 4ª de 1913, artículo 71, ordinal 9º, aparece ostensiblemente en el proceso, ya que en ningún momento la ley ha determinado que el impuesto se pague por el sólo hecho de entrar y por el derecho de usar un aparato mecánico. Aparece probado que COLDEPORTES ha percibido dos impuestos, uno por la entrada y otro por el disfrute o uso.

"Otra cosa es que el Tribunal de Antioquia haya sido fiscalista en la interpretación de la norma y se exceda en la interpretación haciendo un análisis de la ley cuando esta es lo suficientemente clara. Considero que con las actuales normas solamente se debe cobrar el impuesto a la entrada y no por el uso o disfrute de los aparatos mecánicos".

La parte opositora:

La apoderada judicial del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte "COLDEPORTES" se opone a las pretensiones de la demanda, solicita se confirme la sentencia recurrida y se remite fundamentalmente a los argumentos del alegato de conclusión presentado en la primera instancia.

El concepto fiscal:

La señora Fiscal Sexta de la Corporación en su concepto de fondo, opina que: el espectáculo es la diversión pública que se realiza en un lugar determinado y las diversiones mecánicas o "ciudades de hierro" son un espectáculo pero integralmente consideradas y no es posible considerar como un espectáculo cada aparato mecánico porque, precisamente, cada uno de ellos forma parte del parque de diversiones y éste es el espectáculo.

Precisa la señora Fiscal que el texto del artículo 8º de la Ley 1ª de 1967 es claro al establecer que el impuesto se causa sobre el valor de cada boleta de entrada y no sobre la suma que se paga por el derecho a utilizar los diferentes aparatos que conforman el parque o espectáculo.

Consideraciones de la Sala:

El impuesto de espectáculos públicos fue creado por la Ley 12 de 1932 y es el equivalente al 10% del precio de las boletas de entrada a toda clase de espectáculos públicos.

Este que por su origen es un impuesto nacional, fue cedido a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá a partir de 1º de enero de 1969 de conformidad con lo dispuesto por la Ley 33 de 1968.

Por su parte, el Acuerdo 22 de 1980 del Concejo de Medellín, en su artículo 118 dispuso que dicho impuesto "...será liquidado por el Departamento de Impuestos Municipales, de acuerdo con la base estipulada en dicha ley (Ley 12 de 1932), o sea el diez por ciento (10%) sobre el valor de la boleta de entrada".

De conformidad con dichas normas, el hecho generador del gravamen es la adquisición de la boleta personal de la entrada al espectáculo, que en este caso está conformado por el conjunto de atracciones, pero no la de uso individual de cada uno de los aparatos que lo conforman, ya que en este evento se estaría cobrando un gravamen diferente: sobre el uso de los mismos y no sobre la adquisición de la boleta de entrada al espectáculo.

Por ello, no pueden las respectivas autoridades cobrar impuesto con base en lo que se cancela para usar los diferentes aparatos mecánicos que conforman el espectáculo, ya que al hacerlo, estarían estableciendo un nuevo gravamen al uso de dichos aparatos, el cual no está autorizado por la ley, ni regulado por el acuerdo respectivo.

Lo anterior indica que el impuesto a los espectáculos públicos recae exclusivamente sobre la adquisición de la boleta personal de entrada al parque de atracciones y corresponde al 10% de su valor, y por ello, los valores liquidados en la actuación administrativa objeto de la demanda, sobre los pagos hechos dentro del parque para utilizar los aparatos mecánicos, son ilegales y en este sentido deben prosperar las súplicas de la demanda.

La devolución de los excesos pagados se ordenará con reconocimiento de los intereses que autoriza la ley que con los "comerciales corrientes sobre el saldo desde que se hizo la consignación", según lo dispuesto por el artículo 140 del Decreto 01 de 1984.

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:

1º Revócase la sentencia apelada.

2º Declárase ilegal la determinación contenida en las liquidaciones 11478 de 2 de mayo y 11505 de 5 de mayo de 1983, emanadas de la Dirección Regional de COLDEPORTES de Antioquia y las Resoluciones números 001368 de 24 de julio de 1983 y 3001315 de 22 de septiembre del mismo año, proferidas por la misma Dirección Regional y el Director General de COLDEPORTES, respectivamente.

3º De conformidad con lo anterior, la Dirección Regional de COLDEPORTES de Antioquia deberá practicar una nueva liquidación del impuesto a cargo de la actora, por el período comprendido entre el 15 de enero y el 27 de febrero de 1983, gravando únicamente el valor de las boletas de entrada al espectáculo.

4º Como consecuencia de lo anterior, el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES— Regional de Antioquia, deberá devolver al señor Fredy Restrepo Yepes con C. C. número 2.467.976 de Ansermanuevo (Valle) el mayor valor que hubiere cancelado por concepto de impuesto de espectáculos públicos, en su condición de empresario del parque de atracciones mecánicas Maryland Park, durante el lapso comprendido entre el 15 de enero y el 27 de febrero de 1983, con relación a la liquidación que se ordena practicar en el numeral anterior de esta providencia. La devolución del saldo que resultare a su favor se hará con intereses comerciales corrientes desde la fecha en que se hizo la consignación.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Judith López Díaz, Secretaria (E).

RENTA EXENTA / INDUSTRIA AUTOMOTRIZ / IMPUESTO SOBRE LA RENTA-Exención

El beneficio previsto en el Decreto 670 de 1960, se concretó en una renta exenta y no en un "descuento tributario"; así se entendió y aplicó hasta la expedición del D. L. 2053 de 1974 que al regular íntegramente la materia relativa a las exoneraciones o exenciones del impuesto, dejó sin vigencia los beneficios no contemplados expresamente en tal decreto. (Ejercicio fiscal de 1978).

APORTES PARAFISCALES/SENA-Aportes/PRIMAS EXTRALEGALES

Todas las sumas que recibe el trabajador durante los días de trabajo o los descansos legales, constituyen remuneración derivada del contrato laboral. La convención es ley para las partes, pero ello no significa que pueda alterar las previsiones de la ley para efectos tributarios o paratributarios, campo en el cual obrasen las definiciones legales, para el caso el concepto de salario, que no puede ser otro distinto del que surge del Código de la materia. De lo contrario, las convenciones particulares resultarían oponibles al fisco, desvirtuando con ello las disposiciones de la ley. (Ejercicio fiscal de 1978).

INDUSTRIA AUTOMOTRIZ

La exención de impuesto de renta y complementarios que autorizó el artículo 2º del Decreto 670 de 1960 quedó sin vigencia al expedirse la reforma tributaria del Decreto 2053 de 1974 que cambió el sistema de exenciones por descuentos tributarios, sin conservar aquélla.

EXENCION DE IMPUESTO RENTA

La evolución legislativa muestra que el beneficio de exoneración del tributo se ha otorgado en dos modalidades; como renta exenta que se descuenta de la liquidación o como descuento tributario que se descuenta del impuesto el correspondiente a la renta beneficiada. El primer sistema fue adoptado por la Ley 81 de 1960, el segundo por el Decreto 2053 de 1974.

El nuevo sistema se deduce de la interpretación de los artículos 15 y 71 del Decreto 2053 de 1974 y aunque el 143 no derogó en forma expresa al Decreto 670 de 1960 (exención a ensambladoras en la industria automotriz) es obvio que resulta contrario a las nuevas normas y por ello derogada tácitamente.

PRIMAS EXTRALEGALES

Constituyen "salario" y por tanto forman parte de la base sobre la cual debe liquidarse los aportes parafiscales a favor del SENA y Cajas de Subsidio Familiar.

APORTES AL SENA

Forman parte de la base de este aporte las "primas extralegales" las cuales no adquieren la naturaleza de "salario", así estén pactadas como tales en las convenciones colectivas de trabajo.

CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO

Aunque es ley para las partes, no pueden alterar las previsiones de la ley para efectos tributarios o paratributarios (aportes al SENA).

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1985. Actor: Sociedad de Fabricación de Automotores S. A. "SOFASA" contra la Nación. Impuestos. Fallo.

La sociedad actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fecha septiembre 15 de 1987, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló su demanda relativa a la determinación del impuesto sobre la renta a cargo de la contribuyente por el ejercicio de 1978. Pide la recurrente que se revoque la sentencia y, consecuencialmente "se anule totalmente la operación administrativa mediante la cual se determinó el impuesto sobre la renta a cargo de la Sociedad de Fabricación de Automotores S. A. "SOFASA" para vigencia gravable de 1978 ordenando que se confirme la liquidación privada..."

Las razones de la impugnación se contraen a las siguientes pretensiones que el Tribunal resolvió desfavorablemente:

1º La exención del pago del impuesto que la contribuyente pidió sobre la totalidad de su renta invocando el artículo 2º del Decreto 670 de 1960 y que le fue concedido parcialmente por las oficinas de impuestos.

2º La deducción solicitada por concepto de pérdida diferida, en cuantía de $ 12.602.426.

3º La deducción por concepto de primas extralegales cuyo desconocimiento confirmó el Tribunal por considerar que constituyen salario, base de liquidación de aportes al SENA.

La sentencia:

1º Sobre la exención perseguida por la actora consideró el *a quo*, como lo hicieron las oficinas de impuestos al fallar el recurso contra la liquidación, que el artículo 2º del Decreto 670 de 1960, reglamentario de los beneficios concedidos en favor de la industria automotriz, fue derogado tácitamente por el Decreto legislativo 2053 de 1974 al regular íntegramente la materia relativa a las exenciones, sin que el mismo estatuto o las normas que lo adicionaron hubieren contemplado el beneficio en mención. Dado que la oficina liquidadora lo concedió parcialmente, el Tribunal consideró ajustada a derecho la determinación administrativa, no obstante ser improcedente, en razón de que en el requerimiento especial previo a la liquidación no se planteó la negativa de la exención y por lo tanto no podía negarse la concedida, en la instancia de impugnación gubernativa.

2º Respecto de la deducción por pérdida diferida, se adujo en la sentencia que en la declaración de renta y patrimonio no aparece que la contribuyente hubiera solicitado dicha partida como deducible, hecho fundamental para establecer si la Administración violó los artículos 84 del Decreto reglamentario 187 de 1975 y 8º del Decreto 2348 de 1974 al desconocerla, según alegó la demanda.

3º En relación con las primas extralegales de vacaciones y de servicios, el Tribunal mantuvo la determinación administrativa, con base en el argumento de que constituyen salario y por lo tanto base de liquidación de los aportes al SENA, no efectuados por la contribuyente como lo exige la ley para reconocer la deducción de dichos pagos.

Fundamentos de la apelación:

1º El apoderado de la actora sostiene que el artículo 2º literal a) del Decreto 670 de 1960 no fue derogado expresamente ni resulta contrario a las disposicioones del Decreto legislativo 2053 de 1974, por lo cual conservó su vigencia después de la expedición de éste, de acuerdo con las reglas generales sobre derogatoria de las leyes, contenidas

en los artículos 71 y 72 del Código Civil. Construye su argumento sobre la afirmación de que aquél exime al contribuyente del pago del gravamen sobre la totalidad de su renta líquida, disposición que armoniza con las disposiciones del Decreto 2053 de 1974, artículos 15 y 71, según las cuales la renta líquida es gravable mientras no existan rentas exentas y con las que estatuyen el sistema de descuentos del impuesto que introdujo este decreto, marco dentro del cual encuadra el beneficio impetrado, ya que trata precisamente de una exención del pago del impuesto, no de una renta exenta, puesto que aquella norma "establece el derecho a deducir o digámoslo en forma concreta a descontar del impuesto resultante de la renta líquida gravable, el impuesto correspondiente a los ingresos provenientes de los bienes y rentas vinculados directamente a la producción de motores, vehículos automotores o sus partes o accesorios metalúrgicos (fl. 360).

De manera que, concluye el litigante, el Decreto 2053 de 1974 no derogó el beneficio que consagró el Decreto legislativo 177 de 1956, reglamentado por el 670 de 1960, sino que, por el contrario, recogió la institución creada en ellos y generalizó el descuento tributario del impuesto, en lugar de las rentas exentas que debían descontarse de la líquida para establecer la gravable en el régimen anterior al de 1974.

2º Sobre la pérdida diferida manifiesta el apoderado de la actora que la argumentación del Tribunal carece de apoyo fáctico ya que en el informativo reposa la declaración correspondiente en cuyos anexos, Tomo I se encuentra la corrección y adición presentada el 24 de abril de 1979 y el formulario radicado el 4 de diciembre del mismo año, en cuyo renglón 165 se solicitó la pérdida diferida aplicada al ejercicio de 1978, en cuantía de $ 12.602.426 y además en el Tomo 7, el cuadro de amortización de pérdidas declaradas por el año de 1975, todo lo cual concuerda con el balance que la sociedad presentó a la Superintendencia Bancaria por el mismo ejercicio, según certificación de la misma entidad, sobre pérdidas.

Que ello demuestra que la sociedad debió ser requerida como requisito para la desestimación de la pérdida. Como este punto no fue contemplado en el requerimiento especial, la liquidación quedó afectada de nulidad cuya declaratoria se pidió a la jurisdicción en la demanda.

3º Insiste el libelista en que las primas extralegales de servicio y de vacaciones no constituyen base de aportación al SENA, ya que son accesorias a las mínimas que contempla la ley y como ellas constituyen prestación social y no salario. La convención colectiva en que se pactaron es la ley para las partes y en ella consta que las citadas primas constituyen prestaciones sociales, son adicionales al pago de vacaciones y a la prima legal y por lo tanto participan de su naturaleza.

La calificación de la oficina de impuestos, compartida por el Tribunal, infringe en sentir del apoderado el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, a cuyo tenor constituye salario todo lo que recibe el trabajador en retribución de servicios, no en los descansos en los cuales no ejercita ninguna labor, por lo cual la remuneración que en tales días se percibe no constituye salario, afirmación en apoyo de la cual cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de esta Corporación.

Oposición a la demanda:

La Dirección de Impuestos Nacionales mediante delegado impugna las aspiraciones de la recurrente, con base en las mismas consideraciones del Tribunal de primera instancia.

La Fiscalía Tercera de esta Corporación reproduce igualmente los argumentos del *a quo* con los cuales concuerda y en consecuencia pide se confirme la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Sección:

1º *Exención para la industria automotriz.*

Dentro de las previsiones relativas a la contratación estatal para el montaje de empresas dedicadas al ensamble o fabricación de motores o de vehículos automotores, el legislador de 1957 autorizó al Gobierno Nacional para establecer las condiciones de los contratos y regular beneficios tributarios, lo cual hizo a través del Decreto 670 de 1960, cuyo artículo 2º, dispuso:

> "El Gobierno Nacional otorgará a las firmas contratistas que se dediquen a esa actividad las siguientes exenciones por todo el tiempo de duración del respectivo contrato:
>
> "a) Del impuesto sobre la renta y complementarios de patrimonio y exceso de utilidades que correspondería —pagar a la sociedad, pero únicamente en lo relativo a los bienes y rentas vinculados directamente a la producción de motores, vehículos automotores o sus partes o accesorios metalúrgicos".

Este beneficio, conforme al artículo 4º del decreto en mención, podía ser suspendido mediante resolución administrativa, cuando se demostraba el incumplimiento de las condiciones pactadas, por parte del contratista. Y según el artículo 3º *ibídem,* dejaba de regir, aún antes de la terminación del contrato "cuando las utilidades líquidas acumuladas de la empresa cobijada por la exención hayan alcanzado una cuantía igual o superior al 150% del capital pagado".

Tal beneficio no fue contemplado expresamente en la Ley 81 de 1960, orgánica del impuesto sobre la renta y complementarios, pero se consideró subsistente con posterioridad a su expedición, como renta exenta del impuesto según las previsiones generales de la misma ley sobre exenciones, según las cuales además de las previstas en ella subsistían "las demás establecidas en leyes especiales" (num. 17, art. 47, Ley 81 de 1960).

Tomando como base dicho año de 1960, la evolución legislativa de nuestro país muestra que el beneficio consistente en la exoneración del tributo, se ha otorgado a través de distintas modalidades: una de ellas, restando de la renta líquida la exenta, para establecer la gravable, con lo cual la parte beneficiada no es objeto de imposición por no formar parte de la base a la cual se aplica la tarifa. Otra, estableciendo previamente la renta gravable sin descontar las exentas, y restando del impuesto resultante por la aplición de la tarifa, el descuento que represente el beneficio otorgado por la ley. El primer sistema fue adoptado en la Ley 81 de 1960; el segundo, el estatuido por el Decreto legislativo 2053 de 1974, reorgánico del impuesto.

Este nuevo sistema se deduce de las siguientes disposiciones del citado Decreto 2053 de 1974: del artículo 15 cuando al establecer la depuración de la renta dice que "salvo las excepciones legales, la renta líquida es renta gravable" y el artículo 71 que repite la misma idea pero restringiendo las exenciones solamente a las consagradas en el mismo decreto así: "la renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en el capítulo sexto, salvo las excepciones establecidas en los artículos siguientes del presente capítulo". En forma clara y reiterada en estos dos artículos está expresada la idea de que la renta gravable es igual a la renta líquida y que el legislador de 1974 solamente aceptó las excepciones a tal regla expresadas en el mismo estatuto que fueron las únicas que quiso conservar.

Se observa que la equivalencia entre renta líquida y renta gravable y la enumeración taxativa de las exenciones subsistentes, constituyó un criterio completamente distinto al que adoptó el legislador de 1960, el cual, después de una larga enumeración de exenciones incorporó expresamente (num. 17, art. 47 Ley 81 de 1960) "...las demás establecidas en leyes especiales".

El anterior razonamiento se complementa con la consideración de que el artículo 143 derogó entre otras, las normas contrarias al decreto y obviamente una norma de exención como lo era el Decreto 670 de 1960 que no fue repetida en el nuevo estatuto resulta contraria al reglamento que sentó el principio de la gravabilidad de toda renta líquida, salvo las exenciones consagradas en el mismo estatuto.

Además, conviene recordar que según reiterada jurisprudencia de la Corte "ninguna garantía tiene recibida de la Constitución el contribuyente colombiano, de que no pueden ser gravados en lo futuro de-

terminados hechos económicos que antes no lo estaban" (fallo de 28 de julio 1963), aspecto que no es del caso ahondar por no haber sido planteado por el apelante.

El criterio de la derogatoria de las exenciones anteriores no fue materia de objeción en la revisión constitucional del citado decreto hecho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de Sala Plena de 31 de octubre de 1974.

Se concluye que el beneficio previsto en el Decreto 670 de 1960, se concretó en una renta exenta y no en un "descuento tributario"; así se entendió y aplicó hasta la expedición del Decreto-ley 2053 de 1974 que al regular íntegramente la materia relativa a las exoneraciones o exenciones del impuesto, dejó sin vigencia los beneficios no contemplados expresamente en tal decreto. La concesión parcial que como en el caso presente, hizo la Administración de impuestos por el año de 1978, constituye un error, que como tal no puede engendrar derecho.

Con apoyo en las anteriores consideraciones la Sala no accede a las súplicas del demandante en cuanto a este primer punto.

2º *Pérdida diferida.*

Para la Sala el problema planteado sobre este tema no es de interpretación de la norma invocada por la actora y que autorizó a las sociedades anónimas a amortizar las pérdidas comerciales sufridas en los cinco años anteriores según la regulación que le dio el Decreto 2348 de 1974 en su artículo 8º. Teóricamente tampoco hay dificultad en materia probatoria, puesto que esta deducción de tipo fiscal se puede acreditar con los balances presentados a la Superintendencia respectiva, la aplicación y el control cada año de las amortizaciones concedidas, la solicitada en el año y el saldo por amortizar, que desde luego también debe figurar en el balance final.

En el caso que ocupa la atención de la Sala se mezclan factores de procedimiento y probatorios no bien manejados en el curso del debate.

La sociedad afirma que en la adición y corrección a su declaración de renta presentada en el mes de diciembre de 1979 (num. 157, diciembre 4) incluyó en el renglón 165 la cifra de $ 12.602.426 como factor determinante de la renta neta o base para liquidar el impuesto del año.

Esta solicitud la hizo como amortización de pérdida diferida que (según afirma su apoderado con respaldo en fotocopias autenticadas por notario que presentó como anexos al memorial sustentatorio de la apelación de la sentencia) correspondía a una tercera cuota de la pérdida sufrida en 1975 según Anexo número 66 de la declaración y

balances aprobados por la Superintendencia de Sociedades. El señor apoderado había sostenido que tales documentos y en especial el formulario en el renglón número 165 diligenciado como se dijo, figuraba o debía figurar en el expediente de antecedentes administrativos (tomos empastados de la declaración); pero es lo cierto, como lo sostuvo el Tribunal y el señor agente del Ministerio Público, que tales documentos no figuran en los descuadernados antecedentes que contienen el formulario inicialmente presentado el 24 de abril de 1979, mas no la corrección de 4 de diciembre que hasta ahora viene a figurar por la circunstancia ya relatada. Por ese motivo el señor Fiscal Tercero considera que no es posible aceptar la deducción cuestionada.

La Sala observa que tanto en los requerimientos como en la liquidación, los funcionarios oficiales necesariamente debieron trabajar sobre el formulario de declaración corregido en el mes de diciembre, porque hicieron clara referencia por lo menos a dos datos importantes que únicamente estaban consignados en este formulario y no en el primero: se trata de las cifras globales correspondientes a las deducciones por valor de $ 1.126.852.650 (renglón 161) y a los costos de producción por valor de $ 4.277.035.993 (renglón 72), diferentes a los del formulario inicial de 24 de abril, que había anotado $ 1.115.499.770 y $ 4.282.704.193 respectivamente.

Surge de lo anterior que la solicitud de los $ 12.602.426 sólo estaba en este mismo segundo formulario en el renglón 165-independiente de las demás deducciones (renglón 161) y sobre lo cual la Administración al librar requerimiento especial no objetó, ni advirtió sobre su posible rechazo y por lo mismo, en la respuesta a tal requerimiento la sociedad no hizo mención al tema.

En el recurso de reconsideración alegó la contribuyente que "SOFASA tiene derecho a que se le deduzca la pérdida de $ 12.602.426 no incluida en el requerimiento especial y desestimada en la liquidación de revisión, por voluntad del artículo 8º del Decreto 2348 de 1974" y en la Resolución número A-1689-P de diciembre 15 de 1982, no obstante estar enunciado como motivo de reclamación (punto 7º) no manifestó las razones para sostener tal rechazo.

El Tribunal negó la pretensión por estimar que no aparece acreditado que se hubiere solicitado como deducción la pérdida en razón de figurar en blanco el renglón número 165.

Todo indica que el análisis de la reclamación se ha surtido sobre el formulario del mes de abril y no en el de diciembre, no obstante que este último fue sin duda el documento de trabajo de determinación del tributo por parte de los funcionarios liquidadores.

La presentación de los ya mencionados documentos que hizo el actor conjuntamente con el memorial de apelación no fueron glosados ni objetados por el apoderado de la Nación ni por el señor fiscal, de donde deriva la Sala su valor probatorio.

En tales condiciones se considera aceptable la mencionada deducción no sólo por encontrar sus pormenores ajustados a la reglamentación que ya se expuso, sino porque fue rechazada sin advertencia previa en el requerimiento especial, como lo señaló el apoderado se sostuvo tal rechazo por la Administración al desatar el recurso de reconsideración sin ninguna mención ni argumento. En consecuencia, se modificará la liquidación para aceptar esta partida, cuyos pormenores a efectos de control quedaron plasmados en el anexo 6 (fl. 375) con el siguiente resumen:

Pérdida comercial de 1975		63.012.132
Amortización en los ejercicios gravables:		
1976	(12.602.426)	
1977	(12.602.426)	
1978	(12.602.426)	(37.807.278)
Para amortizar en ejercicios posteriores		25.204.854

3º *Primas extralegales.*

La Sala comparte los razonamientos del *a quo* sobre la naturaleza de tales erogaciones para efectos de los aportes al SENA.

Siendo la remuneración la contraprestación que el patrono debe al trabajador, no sólo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación al primero, todas las sumas que recibe el trabajador durante los días de trabajo o los descansos legales, constituyen remuneración derivada del contrato laboral.

De acuerdo con las reglas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, artículos 127, 128 concordantes, constituye salario todo lo que recibe el trabajador como retribución de sus servicios de manera habitual, sea cualquiera la denominación que se adopte. No lo constituyen las sumas que el patrono le paga ocasionalmente y por mera liberalidad, ni lo que recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación y los de transporte, ni las prestaciones sociales que el mismo estatuto contempla en sus Títulos VII y IX, dentro de las cuales no se hallan los pagos correspondientes a descansos remunerados, que están previstos en el Capítulo VII, y constituyen base de liquidación de las prestaciones sociales, por lo cual no puede considerarse que forman parte de ellas. Tampoco adquieren tal naturaleza las primas que se pacten en convenciones colectivas como integrantes del salario para aquel fin. Ciertamente, como lo afirma el señor apoderado, la convencción es la ley

para las partes —patrono y trabajadores— pero ello no significa que pueda alterar las previsiones de la ley para efectos tributarios o paratributarios, campo en el cual obran las definiciones legales, para el caso el concepto de salario, que no puede ser otro distinto del que surge del Código de la materia. De lo contrario, las convenciones particulares resultarían oponibles al fisco, desvirtuando con ello las disposiciones de la ley.

De acuerdo a los considerandos anteriores se modifica la liquidación en los siguientes términos:

Concepto

Renta	*Base*	*Impuesto*
La gravada en fallo de primera instancia	$ 198.760.407	
Menos: amortización de pérdida que se acepta en esta instancia	12.602.426	
Renta gravable	$ 186.157.981	$ 74.463.192
Menos: descuentos tributarios		$ 27.838.880
Impuesto neto de renta		$ 46.624.312
Menos: descuento especial nóminas		3.729.945
Total a cargo		$ 42.894.367

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:

1º Modifícase la sentencia apelada, conforme a la liquidación practicada en la parte motiva de esta providencia. Fíjase en la suma de cuarenta y dos millones ochocientos noventa y cuatro mil trescientos sesenta y siete pesos ($ 42.894.367), el valor del impuesto sobre la renta a cargo de la Sociedad de Fabricación de Automotores S. A. "SOFASA", Nti. 60.025.792, por el año de 1978.

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,* aclara voto; *Consuelo Sarria Olcos.*

Judith López Díaz, Secretaria (E).

RENTA EXENTA / INDUSTRIA AUTOMOTRIZ / IMPUESTO SOBRE LA RENTA-Exención (Aclaración de voto)

No considero que habiendo la administración reconocido que la exención se encontraba vigente..., y existiendo serios elementos de juicio que hacen pensar que con relación al Decreto 670 de 1960 no pudo darse la derogatoria tácita, se deba pronunciar la Sala partiendo de la consideración contraria.

Referencia: Expediente número 1985. Actor: Sociedad de Fabricación de Automotores S. A. "SOFASA".

Mi discrepancia se contrae al punto 1º de las consideraciones y radica en que estimo improcedente un pronunciamiento como el que allí se hace, sobre la vigencia del Decreto 670 de 1960, que consagró una exención del impuesto sobre la renta y complementarios para las empresas destinadas a la fabricación o ensamble de vehículos automotores. En efecto, no considero que habiendo la administración reconocido que dicha exención se encontraba vigente, y existiendo serios elementos de juicio que hacen pensar, por lo menos al suscrito, que con relación al mencionado decreto no pudo darse la llamada derogatoria tácita, se deba pronunciar la Sala partiendo de la consideración contraria.

Un pronunciamiento relativo a la derogatoria tácita del Decreto 670 de 1960 debía suponer el análisis de la vigencia del contrato entre el Gobierno y SOFASA, toda vez que la norma garantiza la efectividad de la exención por el término de duración del contrato de ensamble. Como tal análisis no se realizó, tampoco era el caso concluir que el decreto se hallaba derogado.

Con el respeto acostumbrado, aclaro así mi voto en la presente sentencia.

Fecha: ut supra.

Guillermo Chahín Lizcano.

SANCION POR LIBROS/PRUEBA CONTABLE

Cuando la ley permite como causa justificativa de la no presentación de los libros la fuerza mayor o el caso fortuito por la pérdida de los mismos, lo hace con el exclusivo fin de exonerarlo de la sanción por no presentarlos, pero no para relevarlo de probar los costos, deducciones y pasivos, si se le ha exigido tal comprobación, o la ley le exige. (Ejercicio fiscal de 1981)

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 1762. Actor: Luis Angel Cerquera Rubiano. Impuestos. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado de la Administración de Impuestos Nacionales de Neiva, como del apoderado del contribuyente Luis Angel Cerquera Rubiano, contra la sentencia de 26 de mayo de 1987, proferida por el honorable Tribunal Administrativo del Huila, por medio de la cual, mediante la acción de restablecimiento del derecho, anula los actos por los cuales la citada administración determinó el impuesto sobre la renta y complementarios a pagar por el año gravable de 1981, y accede en parte a las pretensiones del accionante fijando un impuesto a pagar de $ 678.731.00 por el referido ejercicio fiscal (fls. 44 a 59).

Antecedentes:

La Administración, previa investigación y requerimiento especial produjo la liquidación de revisión número 010 de 10 de julio de 1984, en la cual se modifica la liquidación privada que por el año gravable de 1981 presentó el contribuyente Luis Angel Cerquera Rubiano, conforme con la explicación sumaria, rechazando de las compras de mercancías solicitadas por $ 1.486.023.00, la suma de $ 831.752.00; y, por concepto de deducciones, la suma de $ 125.517.00, de un total de $ 300.552.00 e imponiendo las sanciones inexactitud y extemporaneidad.

Los anteriores valores le fueron rechazados por cuanto el contribuyente durante la investigación, que incluyó inspección ocular a los libros de contabilidad, no comprobó la realidad de esas compras y gastos por los valores rechazados.

El contribuyente no presentó a las autoridades fiscales los libros de contabilidad, por haberlos extraviados, circunstancia que demuestra con copia del denuncio que hizo ante autoridad competente y aviso oportuno ante la respectiva administración.

Por lo anterior, la diligencia de inspección se limitó al examen de los comprobantes internos y externos, que a cambio de los libros, presentó el contribuyente.

De este examen y confrontándolo con lo declarado, la Administración sólo logró comprobar, en cuanto a las compras, la suma de $ 654.271.00, y, de las deducciones y gastos, $ 175.035.00, valores éstos que le fueron aceptados en la liquidación de revisión recurrida.

Mediante el recurso de reconsideración, el contribuyente acudió ante la Administración para que se le aceptaran los valores rechazados, fundándose en el hecho de que habiendo demostrado la pérdida de los libros de contabilidad, la Administración debía atenerse a su denuncio fiscal, en donde, según el recurrente, cumplió con todos los requisitos formales. Posteriormente, adicionó su memorial, para invocar que en su denuncio de renta del año 1962, se acogió a la amnistía del Decreto 3747 de 1982, según el cual, los contribuyentes que se acojan a tal amnistía no podrán ser sujetos de investigaciones, de requerimiento especial, al de liquidación de revisión o de aforo, ni de sanciones por los períodos, fiscales de 1982 y anteriores. Afirma que esta amnistía fue ampliada por el Decreto 236, de febrero 4 de 1983.

La Administración de Impuestos Nacionales de Neiva resolvió el anterior recurso confirmando en todas sus partes la liquidación y negando por improcedente la amnistía en Resolución número 328 de 30 de noviembre de 1985. Con esta providencia se agotó la vía gubernativa (fls. 5 a 10).

Por medio de apoderado, el contribuyente recurre a lo Contencioso Administrativo con demanda presentada el día 21 de mayo de 1986, ante el honorable Tribunal Administrativo del Huila.

En su libelo, vuelve sobre la amnistía precisando que se trata de la relativa a requerimientos y liquidaciones, apoyándose en el artículo 6º del Decreto 336 de 1983, disposición ésta que considera violada por falta de aplicación, pues estima que cumplió con los requisitos exigidos en la norma para beneficiarse de ella, no obstante haber el contribuyente solicitado la amnistía patrimonial. Lo anterior, agrega, no es obstáculo para que en esta instancia se decrete, en virtud de de economía procesal.

Plantea la violación por falta de aplicación de los artículos 21 y 45 del Decreto 2053 de 1974, artículo 33 de la Ley 52 de 1977, y la indebida aplicación del artículo 37 *ibídem* y 49 del Decreto 3803 de 1982.

Hace consistir las violaciones de la ley en que el contribuyente presentó su denuncio de renta y patrimonio cumpliendo todos los requisitos para la aceptación de costos y deducciones y que el contribuyente entabló denuncio penal por la pérdida de los libros y comprobantes de contabilidad.

Como el contribuyente es comerciante, le era permitido establecer el costo de la mercancía vendida mediante el sistema de juego de inventarios.

Colige de éstos hechos que el contribuyente estaba amparado con la presunción de veracidad que incluye toda la información tributaria contenida en la declaración de renta y patrimonio al tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 52 de 1977. Luego, agrega: "pero es más: con ocasión del recurso de reconsideración el contribuyente presentó facturas que constituyen comprobantes externos y que demuestran la efectividad del costo o gastos".

Y en cuanto a la sanción por inexactitud tampoco sería procedente en razón a que, por una parte, no se desvirtuó en legal forma la presunción de veracidad a que se refiere el artículo 33 citado, y, por la otra, porque en el supuesto caso de que no lograra el contribuyente demostrar los costos y gastos rechazados, únicamente se impondría el rechazo de los mismos, por existir una causa que es el extravío de los libros y comprobantes.

El Tribunal resuelve la anterior demanda en sentencia de 26 de mayo de 1987, anulando los actos administrativos proferidos por la Administración y determinando un nuevo valor a pagar por el contribuyente, que asciende a la suma de $ 678.781.00, por cuanto considera que a falta de los libros de contabilidad, por pérdida de los mismos, la Administración aplicando sus amplias facultades investigativas, ha debido desvirtuar por otros medios tales como cruces de información, declaraciones de renta de terceros, etc., lo dicho por el contribuyente. En este sentido, es a la Administración a la que corresponde desvirtuar mediante prueba idónea lo expresado por el declarante, cuando éste cumple con los requisitos legales exigidos para efectos de reconocimiento de costos y deducciones. Y agrega: "En este aspecto y para efectos de la nueva liquidación habría que tener en cuenta que de conformidad con los antecedentes administrativos las compras de mercancías respecto de las cuales se cumplieron los requisitos de que se ha hablado asciende a la suma de $ 939.447 divididos así: $ 831.752, relacionados en la declaración de renta y $ 116.695, según facturas acompañadas dentro de la vía gubernativa".

El apoderado del contribuyente, en memorial presentado el 8 de junio de 1987, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del

Tribunal, en el que dice: "Si observamos la parte motiva, y principalmente los considerandos descritos en la sentencia hemos de llegar a la conclusión que se nos aceptaría en su totalidad lo prometido...". Más adelante agrega:

"Le endilgamos (sic) a la sentencia, la no congruencia de la parte motiva con la resolutiva, En efecto, si se nos dio la razón en el sentido de que el contribuyente inicialmente cumplió con todos los requisitos para la aceptación de costos y deducciones; de que estaba en la imposibilidad de presentar sus libros de contabilidad en razón a que se le extraviaron como lo informó con antelación a la diligencia de inspección contable; y, de que el contribuyente en este caso estaba amparado con la presunción de veracidad, la resultante lógica no podía ser otra que aceptar en su totalidad las pretensiones propuestas".

Sostiene que la sanción por inexactitud es improcedente porque "el contribuyente no solicitó costos o deducciones inexistentes, tampoco pasivos o rentas exentas, es decir, no disminuyó en ninguna forma los impuestos a que legalmente estaba obligado a pagar".

Todo esto, porque, la Administración no desvirtuó la presunción de la veracidad.

También se refiere a que en la sentencia nada se dijo en relación con la amnistía del artículo 6º del Decreto 236 de 1983 "...por lo menos, darse la razón por la que no se entró a conocer de esta pretensión" (fl. 65).

Igualmente, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, eleva recurso de alzada contra la sentencia del Tribunal, manifestando su desconformidad, porque, conforme a lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley 52 de 1977 "La Administración tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales. Para tal efecto podrá: a), b), c), d) exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados". En otra parte de su libelo dice: 1º "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 3803 de 1982: 'Los libros de contabilidad del contribuyente constituyen prueba a su favor, siempre que se lleven en debida forma. El contribuyente que no presente sus libros, comprobantes y demás documentos de contabilidad cuando la Administración lo exija, no podrá invocarlos posteriormente como prueba en su favor y tal hecho se tendrá como indicio en su contra. En tales casos se desconocerá los correspondientes costos, deducciones, descuentos y pasivos, salvo que el contribuyente los acredite plenamente. Unicamente se aceptará como causa justificativa de la no presentación, la comprobación plena de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito'" (fl. 59).

El Ministerio Público, expresó:

"Concepto fiscal:

"Como resultado de una visita de carácter contable efectuada al actor, los funcionarios de auditoría de la Administración de Neiva, ante la ausencia de libros de contabilidad, procedieron a analizar otros papeles y documentos contables y encontraron que del total de compras de mercancías solicitadas en el renglón 71 de la declaración de renta, sólo existían soportes por la suma de $ 664.271; careciendo las demás compras de su factura procedieron a solicitar el rechazo de la diferencia. Igual situación se detectó en las deducciones propuestas —falta de documento que las respaldara— por lo cual se propuso un rechazo de $ 125.517. Al liquidarse el impuesto se efectuaron los rechazos en mención".

"El Tribunal consideró que el extravío probado de los libros de contabilidad era elemento justificativo de fuerza mayor para su no presentación y en razón a que respecto a compras por valor de $ 939.4447 (sic) el contribuyente cumplió con los requisitos de ley, procedió a aceptar estas sumas. En cuanto a las deducciones fueron reconocidas en su totalidad".

"El apoderado del demandante, sustenta la apelación en el hecho de que a pesar de que la sentencia en su parte motiva le da la razón, en la parte resolutiva no se confirma su liquidación privada, como sería lo lógico y se mantiene la sanción por inexactitud. Insiste en la procedencia de la amnistía del artículo 6º del Decreto 236 de 1983".

"El Ministerio de Hacienda pide se denieguen las pretensiones:

"Amnistía de investigación:

"Con respecto a este punto —amnistía de investigaciones y liquidaciones—, la Fiscalía observa que este beneficio no operaba de *facto*, pues el inciso del artículo 6º del Decreto 236 de 1983 exigía la comprobación de requisitos ante la Administración de Impuestos respectiva y lo cierto es que el contribuyente sólo ahora ante la jurisdicción solicitó su aplicación. Además, existía otra condición, pues las declaraciones por los años por los cuales se pretendiera la amnistía debían haberse presentado antes de 4 de febrero de 1983. En el caso en estudio, la declaración de 1981 fue presentada extemporáneamente por el contribuyente —2 de marzo de 1983— lo cual ya de por sí hace improcedente el beneficio. No es aplicable así el beneficio fiscal solicitado".

"Costos y deducciones:

"Para la Fiscalía es evidente que el rechazo oficial de costos y deducciones no se fundamentó únicamente, como lo pretende el actor, en la falta de libros de contabilidad ni se aplicó sanción por este concepto, sino que se basó en la ausencia de las respectivas facturas que respaldaron las compras propuestas como costos, así como los respaldos de algunas de las deducciones".

"De conformidad con el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, la única causa justificativa para la no presentación de libros, es la comprobación plena de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito; el contribuyente aduce que sus libros se extraviaron y presentó como prueba una declaración jurada formulada ante una autoridad policiva, lo cual en nuestro sentir no constituye plena prueba de su pérdida. En el documento no se menciona ninguna de las circunstancias que rodearon el extravío y si leemos el acta de visita, encontramos que según información del tributante, los libros no se extraviaron sino que fueron sustraídos por la persona que llevaba su contabilidad, por lo cual no sería lógico que no se hubiera presentado el correspondiente denuncio, solicitando la investigación con miras a recuperarlos".

"En este orden de ideas y como el mismo artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 dispone que no presentados los libros se desconocerán los costos, deducciones, descuentos y pasivos, salvo que el contribuyente los acredite plenamente, hizo bien la Administración en estimar los documentos presentados durante la visita y aceptar solamente lo comprobado".

"Durante la vía gubernativa el contribuyente presenta otras facturas y recibos para respaldar las partidas rechazadas. La Fiscalía observa que tres de éstas ya habían sido aceptadas en la actuación oficial —facturas 1301, 035 y 22671— como consta en la hoja número 7 del acta de inspección contable. Las facturas por $ 8.897 y $ 8.788 no pueden aceptarse por carecer de los requisitos mínimos que les den plena credibilidad. Los recibos presentados para probar los salarios no son la prueba idónea, máxime cuando no fueron solicitados en la declaración de renta".

"Por el contrario, como en el anexo del denuncio rentístico se solicitan compras a 'Electrónicos Laser' por $ 10.239 y a 'Dister Leo' por $ 33.300, partidas que fueron rechazadas por la Administración y con motivo de los recursos se presenta la prueba idónea para su aceptación, consistente en la respectiva factura, dichos valores, en nuestro sentir, pueden ser descontados de los ingresos del contribuyente".

Consideraciones de la Sala:

Estima la Sala que debe despejarse primeramente lo referente al punto relacionado con la amnistía de investigaciones y liquidaciones de que trata el artículo 8º del Decreto 236 de 1983, expedido el 4 de febrero del mismo año.

Dice la norma: "Los contribuyentes del impuesto sobre la renta, personas naturales, *que a la fecha de expedición del presente decreto* hubieran presentado la declaración de renta y patrimonio correspondiente a los años de 1979, 1980 y 1981 y hayan pago o pagaren el impuesto a su cargo determinado en las respectivas liquidaciones privadas a más tardar el 8 de abril de 1983, tendrán derecho a que se les exonere de investigaciones, requerimiento especial y liquidación de revisión por el año gravable de 1981 y anteriores".

"Para tales efectos, el contribuyente deberá comprobar ante las Administraciones de Impuestos Nacionales la presentación de las declaraciones y el pago de los impuestos respectivos" (subraya el despacho).

Es muy clara la norma transcrita cuando dice: "que a la fecha de expedición del presente decreto..." "hubieran presentado las declaraciones...", es decir, que se refiere al 4 de febrero de 1983, fecha de su expedición.

A folio 33 obra certificado de la Administración de Impuestos Nacionales de Neiva, en el que hace constar las fechas de presentación de las declaraciones de los años 1979, 1980 y 1981.

De esta constancia se desprende que para efectos de la amnistía propuesta, las declaraciones de renta y su pago de los años 1979 y 1980, es correcto y oportuno, pero no sucede lo mismo con relación al año gravable de 1981, que se presentó el 2 de marzo de 1983, es decir, después de la expedición del Decreto 236 (febrero 4 de 1983). De esta manera, el contribuyente no cumplió con uno de los requisitos exigidos por la ley, para disfrutar del beneficio de amnistía impetrado. En el cuaderno de prueba obra igualmente la declaración de 1981, que confirma lo certificado por la Administración. Por lo tanto, en el presente caso, esta amnistía es improcedente.

Descartada la amnistía, debe estudiarse lo relativo a los rechazos de que fue objeto el accionante, teniendo como base para tal efecto los libros de contabilidad y sobre los cuales manifiesta el Tribunal:

"1. Ante la ausencia de libros de contabilidad por pérdida de los mismos, la Administración aplicando sus amplias facultades investigativas de que la ha dotado la ley, ha debido aclarar o si fuere el caso desvirtuar por otros medios, tales como cruce de información, declaración de rentas de terceros, etc., lo dicho por el contribuyente".

"2. Hay razones para respaldar la presunción de veracidad que según el artículo 33 de la Ley 62 de 1977, ampara a los hechos consignados en las declaraciones tributarias. En este sentido hay que decir que es a la Administración a la que corresponde desvirtuar, mediante prueba idónea lo expresado por el declarante, cuando éste cumple con los requisitos exigidos para efectos del reconocimiento de costos y deducciones".

No comparte la Sala el anterior criterio por las siguientes razones:

1. Es cierto que las declaraciones de renta y patrimonio presentadas con el lleno de todas las formalidades legales, están amparadas con la presunción de certeza, conforme al artículo 33 de la Ley 62 de 1977.

2. Pero, también es cierto que la Administración, conforme a la ley fiscal está autorizada para investigar los denuncios presentados, no sólo para establecer el cumplimiento de los requisitos formales, sino también para asegurar el efectivo cumplimiento de la ley sustancial, entre otras acudir a los libros de contabilidad, cuando el contribuyente está obligado por la ley a llevarlos, exigiendo su exhibición (art. 30, Ley 52 de 1977, concordante con los arts. 21 y 25 del Decreto 825 de 1978 y art. 37 de la Ley 52 de 1977).

En el presente caso *sub lite*, el contribuyente en su denuncio de renta de 1981 solicitó por concepto de compras la suma de $ 1.486.623.00, pero sólo relacionó en su denuncio, según anexo el mismo, la suma de $ 822.723.00, existiendo por lo tanto una diferencia entre lo relacionado y solicitado de $ 863.300. Esto aparece demostrado en el expediente pues obran los documentos citados, como lo comprobó el Tribunal. Esta circunstancia permite afirmar que la declaración de renta presentada por el contribuyente no es correcta, no reúne los requisitos legales y por lo tanto, no está amparada, en cuanto a éste guarismo se refiere, con la presunción de veracidad, tantas veces citada, por no coincidir el valor anotado en el formulario con el del anexo, o dicho de otro modo, no relacionó todas las compras.

Ordenada la investigación correspondiente, se solicitó al contribuyente sus libros de contabilidad, los que no pudo presentar a los funcionarios de impuestos, por pérdida de los mismos, circunstancia que dice acreditar con el denuncio instaurado y la comunicación dirigida a la Administración de Impuestos informando sobre el hecho.

Ahora bien: el hecho de no tener los libros, no exonera al declarante de comprobar con otros medios de prueba, la realidad de su denuncio; como es su obligación, agregando que la ley le permite acudir al sistema probatorio general; pero en ningún caso la ley fiscal ha dispuesto que en este evento su dicho o denuncia quede en firme, porque, de ser ello así, ninguna finalidad tendrían las investigaciones ordenadas en la misma ley tendientes a establecer el cum-

plimiento de las normas sustanciales, y para lo cual, se faculta en forma expresa a las respectivas Administraciones. Por otra parte, se violaría lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, que dice:

"Los libros de contabilidad del contribuyente prueba a su favor, siempre que se lleven en debida forma. *El contribuyente que no presente sus libros, comprobantes y demás documentos de contabilidad cuando la administración lo exija,* no podrá invocarlos posteriormente como prueba en su favor y tal hecho se tendrá como indicio en su contra. En tales casos se desconocerán los correspondientes costos, deducciones, descuentos y pasivos, *salvo que el contribuyente los acredite plenamente...*" (los subrayados son de la Sala).

Cabe observar aquí, que la ley establece una sanción para el contribuyente que no presenta a las autoridades tributarias los libros de contabilidad, consistente en una multa equivalente al 3% de los ingresos netos anuales, o el 1% del patrimonio líquido (art. 58 Decreto 3803 de 1982, concordantes con el art. 33 de la Ley 9ª de 1983).

De manera que, cuando la ley permite como causa justificativa de la no presentación de los libros la fuerza mayor o el caso fortuito por la pérdida de los mismos, lo hace con el exclusivo fin de exonerarlo de la sanción por no presentarlos, pero no para relevarlo de probar los costos, deducciones y pasivos, si no le ha exigido tal comprobación, o la ley lo exige. Por esta razón, en el presente caso, en la liquidación de revisión, no se incluyó la mencionada sanción por libros.

1. Efectivamente, como lo argumenta el Tribunal el contribuyente al recurrir ante la Administración, envió facturas por valor de $ 116.695, pero de este valor conforme a la hoja número 7, cuaderno de pruebas, parte integrante de la inspección ocular a los libros, le fueron aceptadas las facturas números 085 por $ 21.226.50, 1391 por $ 26.690.00, y, la 22672 por $ 10.382.00, o sea, un total del $ 58.199.00. De manera que, el Tribunal al reconocer este valor, lo está computando doblemente. En cuanto al saldo restante, o sea, la suma de $ 58.496.00, hay que restarle $ 2.364.00, por corresponder a impuesto sobre las ventas, liquidado en las mismas facturas e incluido en los respectivos totales, el cual no es deducible en ningún caso; las cantidades de $ 5.607.00 y $ 6.760.00 por corresponder a facturas que no reúnen el mínimo de requisitos para su aceptación, lo que dá un total a descontar de $ 16.731.00, por lo que, el valor a reconocer sólo ascendería a $ 41.775.00, y no el tomado por el Tribunal, que es superior.

3. Otro tanto puede afirmarse con relación a las deducciones por valor de $ 300.552.00, de las cuales sólo se rechazó la suma de $ 125.517.00 porque, no fueron relacionadas inicialmente en el denuncio de renta. Por ello el recurrente las propone como nuevas en el recurso de reconsideración, haciéndolas consistir en sueldos pagados a sus empleados, Benedicto Fermeo y Luis Eduardo Girón. Para demostrar estos pagos

envía certificaciones de los beneficiarios de los mismos. Resulta evidente, que las solas certificaciones de sus títulos no son prueba suficiente para acreditar la vinculación laboral entre ellos y el contribuyente, máxime, como se notó, que este hecho no fue denunciado oportunamente en la declaración de renta. Para que la deducción prosperara el contribuyente tenía que demostrarla plenamente. Por lo tanto no hay lugar a su reconocimiento.

Sanción por inexactitud:

Observa la Sala que el rechazo de costos y deducciones obedece como se dijo a que el declarante no demostró plenamente la existencia de los mismos de conformidad con su declaración de renta.

Esta circunstancia al tenor del artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, es sancionable al establecer: "Constituye inexactitud sancionable, la omisión de ingresos, ventas o bienes susceptibles de gravamen, *la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones o pasivos inexistentes...*" (subraya el despacho).

Para la Sala, al no comprobar plenamente el contribuyente el valor total de los costos y deducciones solicitados en su denuncio fiscal de 1981, ni durante la etapa investigativa de determinación del impuesto, ni después, la lleva a concluir que la suma no demostrada es inexistente, porque, no deja otra alternativa, ya que el declarante contó con todas las oportunidades procesales para allegar las pruebas pertinentes y si no tenía los libros de contabilidad, que serían en este caso la prueba por excelencia, podía acudir a otros medios probatorios a fin de confirmar su dicho contenido en la declaración de renta. Por lo tanto, dicha sanción es procedente y es la consecuencia directa de la inexactitud en que incurrió al solicitar costos y deducciones inexistentes.

Cabe igualmente confirmar la sanción por extemporaneidad en los términos y cuantía de la sentencia apelada.

De las consideraciones anteriores concluye la Sala, que el Tribunal del Huila se excedió en el reconocimiento de parte de las pretensiones de la demanda y precisamente esta es la razón por la que el accionante encuentra cierta incongruencia en la sentencia, entre su parte motiva y la resolutiva.

En cuanto a la sanción por inexactitud, la Sala encuentra ajustados a derecho los planteamientos expuestos en la sentencia proferida, la que deberá confirmarse.

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.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previa desanotación en los libros radicadores correspondientes.

Carmelo Martínez Conn, presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DELEGACION DE FUNCIONES / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO / PRESUNCION DE LEGALIDAD

En razón de la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos no podía atenderse a la petición de nulidad hecha en forma directa del acto particular sin la previa anulación o invocación de su inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la resolución que de modo general había hecho la delegación. (Ejercicio fiscal de 1982).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2101. Actor: Carmen Zuleta de Calderón. Impuestos. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación que el representante de la Administración de Impuestos Nacionales de Valledupar interpuso contro la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar el 12 de febrero de 1988 en el juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal incoado por el apoderado judicial de la señora Carmen Zuleta de Calderón por el año gravable de 1982.

Antecedentes:

Contra los actos de liquidación del impuesto sobre la renta por el año gravable de 1982 se fundó la demanda en haber incurrido la Administración en las siguientes causales de nulidad, consagradas en el artículo 57 de la Ley 52 de 1977:

a) La falta de requerimiento especial (causal núm. 2) del cual afirmó no haber sido notificado personalmente, ni por correo.

b) La falta de competencia de la funcionaria que firmó la Resolución 014 de 1987 quien carecía de delegación del administrador.

El *a quo* aceptó ambos planteamientos del actor y recalcó en el sentido de que en varias sentencias ese Tribunal ha considerado erróneo el proceder de la Administración de Valledupar de hacer delegación de funciones que están adscritas al despacho del administrador.

Por considerar nulas las providencias acusadas concluyó que debía mantenerse en firme la liquidación privada "por cuanto no fue modificada dentro de los dos años siguientes a la presentación de la declaración".

La delegada del Ministerio de Hacienda sustentó el recurso de apelación reafirmando que la notificación del requerimiento si fue hecha por correo y para el efecto remitió fotocopia autenticada de la relación de correspondencia debidamente sellada y recibida por el correo el 5 de julio de 1985 siendo copia de la que obraba ya en el expediente. Y en cuanto a la supuesta falta de competencia de los abogados del despacho del administrador que estudiaron y resolvieron los recursos lo hicieron previa delegación de éste conforme a los artículos 74, 75 y 76 del Decreto 074 de 1986 en la misma forma como lo han hecho otras dependencias del país sin objeción de los respectivos Tribunales Administrativos. El representante de la Dirección de Impuestos amplió estos mismos argumentos.

La doctora Dolly Pedraza de Arenas Fiscal 6ª de esta Corporación concluye en su concepto de fondo que la sentencia debe ser revocada y en su lugar denegar las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos centrales sobre cada uno de los temas de la controversia:

a) Sobre la falta de notificación del requerimiento y la prueba de ese hecho alegado por el actor y aceptado por el Tribunal dice:

> "...El Tribunal aceptó de plano la afirmación de la demandante de no haber recibido requerimiento especial y convirtió su duda de haber sido enviado por correo en aserto, invirtiendo además la carga de la prueba de que la remisión por correo se produjo, le dio la razón a la accionante.
>
> "Como es sabido a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, y quien no cumple con su carga soporta el riesgo de la falta de prueba, de manera que correspondía al actor la carga de probar que el requerimiento no había sido insertado en el correo,

hecho que aún siendo negativo era posible de probar; no habiendo incumplimiento con tal carga no podía el juez fallar a su favor".

"... ... ..."

b) En cuanto a la falta de competencia de la funcionaria que suscribió la resolución que falló el recurso, contradice la actuación del Tribunal con base en el concepto de que el Decreto 1651 autorizaba esta clase de delegaciones. Dice la Fiscal Sexta:

"Al respecto es necesario tener en cuenta que la delegación de funciones por parte de los funcionarios de la División, hoy Dirección General de Impuestos Nacionales, está consagrada legalmente en el artículo 146 del Decreto 1651 de 1961, en donde se establece que el jefe de la División, hoy director de Impuestos, *y sus funcionarios* pueden delegar sus funciones en cualquiera de sus subalternos por medio de una resolución".

De allí concluye que la delegación hecha a la doctora Lozano López por medio de la Resolución 041 de 24 de abril de 1987 es válida y por ende la que resolvió el recurso también lo es en razón de la competencia.

El actor no se hizo presente en la segunda instancia.

Consideraciones de la Sala:

Los temas a que se contrae la controversia se reducen a la falta de requerimiento especial y la falta de competencia de quien falló el recurso:

1º Ausencia de requerimiento especial.

Cierto es que el artículo 57 de la Ley 52 de 1977 incluyó dentro de las causales de nulidad de los actos de liquidación de impuestos "2º ...cuando se omita el requerimiento especial previo a la liquidación de revisión..." y cierto es también que por jurisprudencia se ha aceptado que la falta o error en la notificación del mismo, produce el mismo efecto que la omisión.

Pero también es cierto que el desarrollo del proceso contencioso contra los actos de la administración, especialmente en la acción de restablecimiento del derecho, está sometido a normas de técnica que obligan al demandante además de indicar las leyes violadas y el concepto de la violación, a comprobar "los hechos u omisiones que sirvieron de fundamento a su acción".

En el caso que se estudia, si el fundamento de hecho o fáctico en que se fundó el demandante consistió en la omisión, por parte de la Administración, de remitir el requerimiento especial al contribuyente, estaba obligado el actor a comprobar dicha falta u omisión de la entidad oficial. Obviamente y como es suficientemente conocido por aplicación de principios procesales, el hecho negativo de no ser indefinido, se prueba con el positivo contrario, o sea, en este caso con la respectiva certificación de la oficina de correos, máxime cuando en la resolución que falló el recurso se le comunicó la existencia de la planilla correspondiente, a pesar de lo cual sobre este punto no pidió ni invocó ninguna prueba.

Ante tal situación procesal, era válida la observación de la demandada en el sentido de que la afirmación de la demandante de no haber recibido jamás el requerimiento especial "no es un hecho demostrado, toda vez que en la vía gubernativa no se aceptó como cierto".

De ahí resulta censurable la actuación del Tribunal, cuando mediando esta situación le restó todo el valor probatorio a la planilla "firmada por los respectivo jefes de Sección" de julio 5 de 1985 (fl. 94 exp. ad.) y dio por establecida la "ausencia de requerimiento especial" para aceptar la consecuente nulidad de la liquidación.

Dados tales antecedentes, la Sala estima razonable el enfoque de la Fiscalía en el sentido de que por la vía del artículo 169 del C.C.A., se acepte como prueba (que complementa la examinada en primera instancia) la nueva copia autenticada de la citada planilla, en donde consta el envío por correo del requerimiento a la contribuyente, desapareciendo en esa forma el fundamento que adujo el Tribunal para anular la liquidación por tal aspecto.

Se anota que por otros hechos formales en los que se había basado el actor la petición de nulidad fueron examinados y rechazados por el Tribunal, motivo por el cual no son materia de alzada.

2º Falta de competencia.

El argumento central del Tribunal para considerar incompetente a la funcionaria que firmó la Resolución número 014 de julio 16 de 1987 que resolvió el recurso de reconsideración, radica en que al no existir en la Administración de Impuestos de Valledupar una Sección Especial de Recursos Tributarios, las funciones correspondientes sólo las puede ejercer el administador, no siendo válida ninguna delegación. El apoyo legal es el artículo 74 del Decreto 074 de 1976, orgánico de la Dirección de Impuestos Nacionales, según el cual las funciones de la Sección de Recursos Tributarios se encuentran adscritas al despacho del administrador.

Partiendo de la base de que la delegación es válida en cuanto la autorice la ley, concluye que la delegación hecha a la doctora Angela Rosa Lozano López para que decidiera los recursos carece de validez porque el Decreto 074 de 1976, no lo contempla.

Sin desconocer el principio invocado por el *a quo* sobre la necesidad de autorización legal para delegar, para la Sala no resultaba procedente aplicarlo de plano y sin consideración a la circunstancia de que al contestar la demanda la Administración adujo en su defensa la copia auténtica de la Resolución número 041 de 1987 (abril 24) en virtud de la cual el administrador "en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 76 numerales E y N del Decreto 074 de 1976" delegó las funciones para resolver los recursos tributarios de competencia de esa Administración en la profesional universitaria "adscrita al despacho".

De manera que no podía aceptarse *a priori* y sin más consideraciones el argumento de "falta de competencia" de la funcionaria que firmó la providencia que falló el recurso gubernativo, estando de por medio y debidamente acreditado un acto administrativo de delegación.

Ahora bien, dicho acto o sea, la Resolución número 041 del mes de abril de 1987, estaba vigente cuando en el mes de julio del mismo año la citada profesional del despacho del administrador dictó la providencia que concluyó la vía gubernativa. El actor sólo pidió la nulidad de esta última sin mencionar ni desvirtuar la alegada ilegalidad que según su planteamiento recaería en la primera o sea, en la de delegación y como consecuencia en los actos de carácter particular dictados con base en aquélla.

Sabido es que los actos administrativos están amparados por una presunción de legalidad y son obligatorios mientras no sean suspendidos o anulados por esta jurisdicción. Sin la previa anulación de la Resolución número 041 que de modo general había hecho la delegación de funciones o sin la invocación de su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, no podía atenderse la petición de nulidad hecha en forma directa al acto particular que se apoyó en aquella.

Por lo menos se trató de una petición incompleta o hecha en indebida forma que no podía resolverse, máxime cuando según la entidad demandada la delegación se la permitía el mismo decreto orgánico de la Dirección de Impuestos Nacionales 074 de 1976 (en las normas invocadas) y según la Fiscalía también estaba permitida desde el Decreto 1651 de 1961.

En consecuencia, para la Sala debe revocarse la sentencia apelada y conservar la liquidación de impuestos contra la cual no se hizo acusación de fondo.

En mérito de 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:

Revócase la sentencia de primera instancia dictada en este proceso por el Tribunal Administrativo del Cesar el 12 de febrero de 1988.

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SANCION POR LIBROS/REQUERIMIENTO ESPECIAL/SANCION POR INEXACTITUD

No existe la exigencia legal del requerimiento especial previo a la decisión administrativa de sancionar a una persona obligada a llevar contabilidad por las irregularidades que la administración encuentre en ella. La administración tributaria mediante la liquidación de revisión por una sola vez y previo requerimiento especial, puede modificar la liquidación privada y en el mismo acto imponer la sanción por inexactitud.

SANCION POR CONTABILIDAD ATRASADA

Cuando se aplica por resolución independiente de la liquidación no se necesita requerimiento previo, porque están regidos por otra ritualidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1989. Actor: Germán Zuluaga Trujillo. Impuestos. Fallo.

Procede la Sección a resolver el recurso interpuesto por la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda, de octubre 29 de 1987, en la cual declaró nulas las Resoluciones números 000696 de septiembre 24 de 1986 y 006 de marzo 20 de 1987, que sancionaron al actor por no tener al día su contabilidad en la fecha en que fue requerida para fines de control tributario.

La apelación:

El delegado de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, obrando en calidad de representante judicial de la Nación, funda su inconformidad con la sentencia, en los siguientes argumentos:

1º Como demuestran los antecedentes allegados al proceso, la Administración sancionó al señor Zuluaga Trujillo por haber establecido que sus registros contables tenían un atraso mayor a tres meses, ciñéndose a lo dispuesto por el artículo 56 inciso 3º del Decreto legislativo 3803 de 1982.

2º La sanción se basó en el informe de la funcionaria comisionada para practicar la visita, quien dejó constancia de que existía dicho atraso en el informe que, anexo al acta de conclusiones, se le entregó personalmente al interesado el 7 de mayo de 1986, con el fin de surtir el traslado del acta de inspección contable que ordenaba entonces el artículo 91 del Decreto extraordinario 1651 de 1961, con el fin de que, dentro del mes siguiente presentara sus descargos y pruebas. Así consta en fotocopia auténtica que acompaña al memorial de apelación.

3º La razón fundamental acogida por el Tribunal entre las que alegó el demandante, para declarar nulas las resoluciones que impusieron la sanción, fue la de que el sancionado no tuvo oportunidad de ejercitar su defensa porque la Administración —violando los artículos 91 y 96 del Decreto 1651 de 1961—, no le exigió previamente que exhibiera su contabilidad ni le hizo el requerimiento previo a la decisión y porque la visita se ordenó con el fin de verificar el cumplimiento de las normas sobre retención en la fuente y "...se sancionó por estar atrasado en los libros, pero esta circunstancia no se hizo constar en el Acta de Conclusión. Además *la Administración tenía la obligación de requerir primero al contribuyente para que demostrara la existencia de los libros de contabilidad,* tal como lo ordena el artículo 132 del Decreto 1651 de 1961" (transcribe y destaca el recurrente).

Sentadas estas consideraciones, el delegado administrativo sostiene que el demandante guardó silencio —e incluso— afirmó que la Administración no le notificó el informe anexo al acta de visita, donde se dejó constancia de que la persona encargada puso a disposición de la visitadora los libros Diario y Mayor, los cuales estaban atrasados 4 meses, contrariando la realidad, como lo demuestra la fotocopia que acompaña, donde aparece la firma del señor Zuluaga.

Respecto del requerimiento previo, como condición de validez del acto sancionatorio, no se halla prevista para los resoluciones sancionatorias sino para los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos; las sanciones pueden imponerse independientemente, como lo autoriza el Decreto 3803 de 1982; la sola exigencia de que se exhiban los libros, formulada por el funcionario comisionado para inspeccionarlos, constituye el requerimiento suficiente para cumplir el mandato del artículo 132 del Decreto 1651 de 1961. Así se hizo y fueron presentados los libros Diario y Mayor.

En esta instancia el delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales pide sea tenido como parte "...con el propósito de coadyuvar el recurso de apelación interpuesto a nombre del Estado, en su calidad de profesional universitario de la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira..." y repite las razones expuestas por él.

Oposición al demandante:

A las objeciones administrativas que conllevarían a la revocación de la sentencia, se opone el apoderado del actor. Insiste en la obligatoriedad del requerimiento especial previo a la sanción, ya se imponga dentro de una liquidación o mediante acto separado. "La sanción por libros —dice— es una carga gravosa para el contribuyente que merece darle la oportunidad para que se defienda...". Habiéndose eliminado por la Ley 52 de 1977 el recurso de apelación en la vía gubernativa y establecido simultáneamente el requerimiento previo, negarle esta oportunidad al contribuyente para que ejercite su defensa, riñe con los más mínimos principios de equidad y del debido proceso. En apoyo de esta tesis cita criterios expuestos por esta Sección y por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, particularmente en concepto de junio 2 de 1980, del cual hace la siguiente transcripción (fl. 84):

> "Dentro del régimen procesal de la Ley 52 de 1977, directamente se prevé la facultad de la Administración para ordenar la exhibición y examen parcial o general de los libros, comprobantes y documentos del contribuyente legalmente obligado a llevar libros de contabilidad, examen que puede dar lugar a que se efectúe una liquidación de revisión *y que presupone por ello que medie el requerimiento especial de que trata el artículo 42 de dicha ley, so pena de nulidad*". Subraya el litigante e insiste en que NO SE PRACTICO ACTA DE VISITA EN LA CUAL SE RELACIONARA LA SANCION POR LIBROS.

La supuesta acta que invoca el apoderado —agrega—, "...no es más que un formato en mimeógrafo, de los tantos que utiliza la Administración de Impuestos en el cual solamente se dan unos datos estadísticos y en la que no se dijo nada sobre la sanción por libros, las bases para determinarla y procedimiento establecido..."

En síntesis, el alegato de la parte actora se funda en que se practicó requerimiento especial y el acta que sirvió de base a la sanción es "tan simple y muda que adolece de nulidad".

Concepto del Ministerio Público:

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de esta Corporación, conceptúa que debe revocarse la sentencia, con base en el siguiente análisis sobre los antecedentes administrativos:

En el acta de inspección contable, de la cual forma parte el informe donde la visitadora hizo constar el atraso de los libros Diario y Mayor, se advirtió al interesado que "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Decreto 1651 de 1961 y del artículo 43 de la Ley 55 de 1985 se da traslado de la presente acta, con el objeto de que dentro del mes siguiente a su notificación presente sus descargos y pruebas correspondientes", a continuación aparece la firma del señor Germán Zuluaga Trujillo, quien no objetó las afirmaciones en el momento de la notificación del acta ni posteriormente, antes de que se profiriera resolución sancionatoria ni con oportunidad del recurso que interpuso contra ella.

Examina el señor fiscal pormenorizadamente las normas en cuya violación fundó el demandante la declaratoria de nulidad de los actos acusados y concluye:

1º Que el Tribunal, sin lugar a dudas "...para declarar la nulidad de las Resoluciones números 00096 de 24 de septiembre de 1986 y 006 de 20 de marzo de 1987, se fundamentó en una norma que la demanda no citó como violada (art. 132 Decreto 1651 de 1961) y en una circunstancia que no está instituida por la ley como causal de nulidad de actos como los que impugna la demanda, o sea, el hecho de que se ordenó la visita con el fin de verificar el cumplimiento de las normas legales sobre retención en la fuente y se sancionó por estar atrasado en los libros de contabilidad, pero esta circunstancia no se hizo constar en el acta de conclusión". Siendo la jurisdicción rogada no oficiosa, no puede anular un acto con fundamento en normas no invocadas en la demanda.

2º Que los actos acusados no incurren en ninguna de las infracciones alegadas en la demanda: los artículos 42, 43 y 57 de la Ley 52 de 1977; 17 del Decreto 3803 de 1982; 91 y 92 del Decreto 1651 de 1961; 165 del C. C. A., 152 y 153 del C. P. C., conforme al análisis que se resume así:

a) No puede fundarse la anulación en los artículos citados de la Ley 52 de 1977, porque tales normas sólo son aplicables a los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, de los cuales no forma parte la Resolución 00096, que impuso la sanción. Y en cuanto a la 006 que falló el recurso interpuesto contra aquélla, no se da ninguna de las causales de nulidad que señala el artículo 57 de la ley en cita. "En efecto —observa—, la Resolución 006 fue proferida por funcionario competente (causal 1ª), fue notificada dentro del término legal (causal 3ª), no corresponde a 'procedimientos legalmente concluidos (causal 5ª), y no se observa en la misma' otros vicios procedimentales *expresamente señalados por la ley* como causal de nulidad (causal 6ª); en cuanto a las causales 2ª y 4ª éstas sólo podrían presentarse en actos de naturaleza diferente a la de la Resolución 006 concretamente en actos de liquidación de impuestos".

b) Tampoco pudo ser infringido el artículo 17 del Decreto 3803 de 1982, puesto que se refiere al requerimiento especial previo a la liquidación de revisión y en el caso de resoluciones sancionatorias la Administración no está obligada a remitirlo.

c) No se configura la infracción de los artículos 91 y 92 del Decreto 1651 porque, contrariamente a lo que sostiene el Tribunal, se dio traslado al actor del acta de inspección contable (fls. 82 a 85 del cuaderno núm. 2) y así lo admite la demanda. La circunstancia de que la copia sea en "mimiógrafo", alegada en el libelo, carece de importancia ya que la ley no señala un medio mecánico especial que deba emplearse en estos casos. Por otra parte no se precisa por qué concepto se violó el artículo 92.

Y en cuanto al artículo 132 del mismo decreto, norma que el Tribunal oficiosamente señaló como infringida, contempla una situación distinta la de que la sanción se pretenda imponer por falta o ausencia total de los libros de contabilidad y los actos impugnados no sancionan al señor Zuluaga por esa irregularidad, sino por no estar al día en sus registros contables.

d) Los artículos 165 del Decreto 01 de 1984 y 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, no establecen las causales de nulidad de los actos administrativos sino de los procesos que se sigan ante la jurisdicción contenciosa administrativa o ante la civil. Por simple lógica, según el colaborador fiscal, el cargo debe ser desechado.

e) Finalmente, la afirmación de que la funcionaria que practicó la visita carecía de competencia para imponer la sanción carece de sustento ya que ella no dictó la resolución sancionatoria, sino el jefe de la Sección de Liquidación quien profirió la número 00096 de 24 de septiembre de 1986, cuya facultad no ha sido cuestionada.

Consideraciones de la Sección:

Las consideraciones en que basó la sentencia su anulación de los actos acusados, se resumen así:

1ª No se dejó constancia en el acta de conclusiones de la inspección contable practicada al actor, de la sanción que habría de imponérsele por hallarse atrasados los libros de contabilidad. "Sabido es —concluye el fallo— que las sanciones corresponden a los cargos previamente formulados a un contribuyente y además que no haya podido desvirtuar" (fl. 55).

2ª La Administración tenía la obligación de requerir primero al contribuyente para que demostrara la existencia de los libros de contabilidad, tal como lo ordena el artículo 132 del Decreto 1651 de 1961 (fl. 55).

De autos se halla plenamente demostrado con la prueba que invoca la Administración y que forma parte de los antecedentes administrativos allegados al proceso en la primera instancia (cuaderno 2 fl. 85), que el señor Germán Zuluaga tuvo conocimiento del informe sobre libros de contabilidad anexo al acta de inspección en el cual se advirtió el objeto de la misma "practicar una visita de retención en la fuente por todo concepto e inspección general a los libros de contabilidad por el año gravable 85-86..." el señor Zuluaga puso a disposición de la comisión visitadora los libros Diario y Mayor, registrados en septiembre 9 de 1976 y 29 de 1981 respectivamente, cuyos últimos asientos eran de diciembre 31 de 1985. Habida cuenta de que la visita se efectuó el 6 de mayo de 1986, los registros presentaban un atraso superior al de 4 meses, lapso mayor al de tres meses señalado por la ley para considerar que la contabilidad no se hallaba al día (Decreto 3803 de 1982, art. 56).

El informe en mención aparece firmado por el señor Zuluaga, hecho no controvertido, que demuestra que sí tuvo conocimiento de las observaciones relativas a la irregularidad. Ellas no fueron desvirtuadas, ni objetadas dentro del término del traslado del acta, como se advirtió en ella, en la recomendación 7, ni con ocasión del recurso que interpuso en octubre 6 de 1986 contra la resolución sancionatoria.

Si bien es cierto que no se le advirtió que sería sancionado, no lo es menos que los cargos fueron formulados en legal forma y que no los desvirtuó, ni siquiera los discutió. De manera que sí tuvo oportunidad de ejercitar su defensa: conoció la actuación, fue advertido de las observaciones formuladas en su contra, fue notificado tanto del acta de inspección como de la resolución que lo sancionó y ejercitó el recurso correspondiente contra ella.

Respecto de la segunda consideración que adujo el *a quo* como fundamento de la nulidad, es evidente que no existe la exigencia legal del requerimiento especial previo a la decisión administrativa de sancionar a una persona obligada a llevar contabilidad, por las irregularidades que la Administración encuentra en ella. Tal exigencia se halla prevista como condición de validez y consecuente causal de anulación de los actos que fijan el monto del tributo (arts. 42 y 57 numeral 2º de la Ley 52 de 1977). Dentro de dichos actos se sancionan normalmente las infracciones vinculadas por la ley a los deberes de colaboración que la misma impone al contribuyente para determinar en forma correcta y oportuna su obligación tributaria, como son las relativas a la exactitud y oportunidad de su declaración tributaria en la cual denuncia los hechos gravables y practica su liquidación privada.

Sanción por contabilidad atrasada:

La Administración Tributaria mediante la liquidación de revisión por una sola vez y previo requerimiento especial, puede modificar la liquidación privada y en el mismo acto imponer la sanción por

inexactitud. Esto es lo que ordena el artículo 19 del Decreto 3803 de 1982 que dispone:

> "Las demás sanciones podrán imponerse con la liquidación, *o mediante resolución independiente*" (se subraya).

Aunque en verdad un tanto lacónica la novedosa disposición, no resultaba difícil de interpretar y aplicar en el sentido de que al quedar autorizado un acto independiente a la liquidación y sin mención especial de procedimiento, éste debía ser el general consagrado para los actos administrativos que carecen de uno especial (art. 1º Decreto 01 de 1984).

De donde se deduce que las normas sobre requerimiento previo —art. 42 Ley 52 de 1977 y concordantes— no obligan a la Administración al imponer "sanciones mediante resolución independiente", por estar regidas en cuanto a su procedimiento a otra ritualidad.

No todos los actos que profiere la Administración Tributaria son actos de determinación; así se denominan los destinados a fijar el monto del tributo en cada caso particular y concreto. Ellos se dictan a través de un procedimiento especial, dentro del cual la misma Ley 52 de 1977 previó como condición de su validez el requerimiento especial previo a la liquidación de revisión, que no puede aplicarse por analogía al procedimiento de emisión de otros actos, como son los que imponen sanciones, independientemente de la fijación del monto del tributo a cargo del contribuyente.

Los hechos irregulares de la contabilidad que la ley sanciona (Decreto 2821 de 1974, art. 34), miran a diferentes aspectos del control oficial para efectos tributarios. El relativo al cumplimiento de las normas sobre retención es, por naturaleza, diferente del que se ejerce para establecer la ocurrencia y medida de los hechos generadores de obligaciones tributarias del sujeto pasivo denominado "contribuyente" que la ley define como aquel respecto de quien se realizan esos hechos. El agente de retención no responde ante el fisco como contribuyente, sino como responsable del recaudo de una obligación, ajena en razón de haber intervenido en actos u operaciones en los cuales —por expresa disposición legal— debe efectuar la retención del impuesto, en el momento de realizar el pago. Así lo distinguió nítidamente la Ley 52 de 1977 al definir los conceptos de contribuyente y responsable a título de agente de retención en sus artículos 2º y 4º y al establecer las normas sobre responsabilidad directa, conjunta, solidaria o subsidiaria, entre el contribuyente y otros sujetos obligados a colaborar en el cumplimiento de las normas sustanciales tributarias.

Las irregularidades en la contabilidad cobijan por igual a contribuyentes como retenedores y debe tenerse en cuenta que a los hechos considerados como irregulares por el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 fueron complementados con el de existir "atraso en los libros de

contabilidad" por el inciso final del artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, norma que precisó en tres (3) meses el período que configura el atraso sancionable.

De manera que la sección está de acuerdo con los argumentos del delegado administrativo que interpuso la apelación, compartidos igualmente por el colaborador fiscal de esta Corporación en su juicioso análisis del cual concluyó que no existía la infracción de normas de carácter superior, por los actos acusados, expuesta en la demanda. Y no obstante considerar que el control jurisdiccional de los actos administrativos, establecido en favor de los administrados, debe enmarcarse más en razones de justicia que en las de tipo puramente formal, sin exceder los hechos y peticiones de la demanda, pero salvaguardando la garantía constitucional de la defensa, concluye que en realidad no hay lugar a la nulidad decretada por el *a quo*, por no haberse impedido al actor conocer la actuación, ni desvirtuar los cargos o impugnar la decisión administrativa, ni haberse vulnerado formalidad alguna exigida en la ley como condición de validez de los actos acusados.

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada y deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

INSPECCION ADMINISTRATIVA - Efectos / INSPECCION CONTABLE / PRUEBA CONTABLE / SANCION POR INEXACTITUD

Las visitas de inspección administrativa y fiscal adelantadas por funcionarios impositivos, jamás se ha atribuido el perito de prueba pericial, precisamente porque, para efectuarlas, no existe disposición legal alguna que imponga a aquéllos, y ni siquiera a los jueces del proceso civil, una particular versación técnica, científica o artística, de suerte que las confrontaciones o reconocimientos que realicen unos y otros, en tanto no desborden el ámbito propio del conocimiento especializado, surten efectos de plena probanza (ejercicio fiscal de 1982).

DECLARACION TRIBUTARIA/PRESUNCION DE AUTENTICIDAD

No por los requerimientos mismos librados a la contribuyente, o las exigencias que se hubieran formulado en éstos, sino debido a la circunstancia de haberse establecido la ausencia no justificada de comprobantes externos, que sorpotaran los registros contables y, de suyo, los factores de costo o deducción declarados, forzosamente se llega a la conclusión de que la Administración había desvirtuado los presupuestos de forma o documentación de tales factores, en cuyo caso, los cargos relativos a la infracción de los preceptos que tutelaban la prepresunción de autenticidad, no debían prosperar. (Ejercicio fiscal de 1982).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., siete de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1982. Apelación sentencia de octubre 20 de 1987 del Tribunal de Santander, juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal por el año de 1982. Actor: Zoilo Santamaría e Hijos Limitada. Fallo.

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por la sociedad Zoilo Santamaría e Hijos Limitada, la actora, y por la Subdirección Jurídica, División Delegada de Bucaramanga, de la Dirección General de Impuestos Nacionales, la impugnadora, contra la sentencia de 20 de octubre de 1987, parcialmente favorable a la súplicas de la demanda, dictada en primer grado por el Tribunal Administrativo de Santander, en el juicio de nulidad y restablecimiento promovido contra actos de investigación, determinación y discusión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1982, a saber, la liquidación de revisión número 42482000123 de 29 de marzo de 1985 y la Resolución número 242 de 24 de octubre del mismo año, expedidas en su orden, por las Unidades de Liquidación y Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga.

Antecedentes:

Con requerimiento especial número 17 de 18 de diciembre de 1984, previa inspección contable practicada por funcionarios de la Sección de Auditoría Externa de la precitada administración, cuyas conclusiones se plasmaron en el acta de 13 de diciembre de 1984, se formuló un pliego de modificaciones de la liquidación privada, que se tradujo en el rechazo de "gastos generales de administración", por $ 96.282, "gastos y costos de avicultura", en cuantía de $ 81.083.356.79, y "gastos de ganadería", por la cantidad de $ 70.143.62, para un acumulado de $ 81.249.782.41.

Y, la imposición de las sanciones por inexactitud y libros de contabilidad.

Las razones que, sustentaron las variaciones propuestas, hacían relación con la circunstancia de que la inspeccionada no hubiera presentado, en el curso de la visita administrativa y fiscal, los comprobantes internos y externos que soportaban los respectivos asientos de libros y las relaciones de la declaración del ejercicio, ya que transcurrido "un tiempo aproximado de 8 días sin que la firma suministrare la documentación requerida", con oficio número 15878 de 6 de diciembre de 1984, se le había hecho saber "la obligatoriedad de presentar la documentación referida para poder dar cumplimiento a la visita ordenada en las oficinas de la empresa, y no como inicialmente se propuso, es decir, que el funcionario se trasladara a sitio diferente, y menos, fuera del perímetro urbano..."

A lo que habría respondido la actora, en carta de 10 de diciembre de 1984, pidiendo una prórroga de 120 días para la presentación de su archivo y pretendiendo justificar la no entrega de éste "carta que en nada sirve de excusa pues, de una parte, en visita preventiva reciente, sí fue suministrada la documentación y, de otra, si el funcionario auditor se hubiera trasladado conforme a la propuesta de la empresa, sí hubiera tenido acceso a los archivos, entonces, la oficina

considera que sólo se trata de un obstáculo que impidió la función administrativa de fiscalizar a los contribuyentes conforme a las normas tributarias vigentes..."

Además "...desde la iniciación de la visita el contribuyente sólo manifestó dificultad en cuanto a traslado de archivo, mas no que éste se encontraba deteriorado como posteriormente pretende hacerlo ver (...) luego la presunta fuerza mayor que pretende demostrar el contribuyente no es más que un ardid que para el caso es considerado como una burla para el cumplimiento de la función fiscal..."

En la liquidación de revisión se materializaron íntegramente los planteamientos del requerimiento, y se precisó que el desconocimiento de costos y deducciones lo era por la suma total de $ 81.416.208, conformada por las partidas de "gastos generales y de administración", $ 96.282 "gastos y costos de avicultura", $ 81.083.356, y "gastos de ganadería", $ 70.143, y aplicándose las sanciones por inexactitud y libros.

La reconsideración del acto liquidatorio, fue resuelto por la oficicina seccional de recursos tributarios, la cual se pronunció adversamente, por hallar, infundadas las cuestiones esenciales de la reclamación, según se resume a continuación.

1. *La "nulidad de la liquidación de revisión"*, supuestamente originada en el desconocimiento de la presunción de veracidad de la declaración, la ineficacia probatoria de la inspección contable, adelantada como habría sido por funcionario incompetente, y la exclusión del beneficio de la duda probatoria, porque tales "vicios" no están contemplados expresamente en la ley fiscal como causales de nulidad.

Al respecto, sostiene el funcionario de instancia que, en materia tributaria, no son alegables sino las nulidades a que remitan los artículos 42, 46 y 56 de la Ley 52 de 1977, 47 del Decreto 825 de 1978, 89 de la Ley 9ª de 1983 y 20 del Decreto 2126 de 1983.

Y, así mismo, que la presunción invocada había cesado desde que a la contribuyente se exigió la presentación de la documentación faltante, no estando acreditado, por otra parte, el hecho constitutivo de fuerza mayor esgrimido "al parecer, un aguacero que destruyó la bodega donde se hallaban los documentos, pero del cual no dio aviso ni a las autoridades de policía ni a esta Administración de Impuestos..."

Del análisis del artículo 62 del Decreto 1651 de 1961, citado por la recurrente, extrae que el mismo sólo es aplicable en el evento de que la prueba no esté a cargo de quien se acoja al beneficio en cuestión.

Por lo que hace a la pretendida incompetencia del auditor externo, por no ser éste, contador público, expresa que el mismo jamás se anunció con este último carácter, sino en condición de "auditor 3030", con funciones específicas prefijadas en el artículo 1º del Decreto 138 de 1979, suficientes para ejecutar su cometido, y debidamente autorizado por auto comisorio que le otorgaba competencia plena.

2. *La petición subsidiaria y "aceptación de costos presuntos"*, en razón de que el asunto en estudio plantearía una situación concreta, la ausencia de los comprobantes, que conduciría en sus efectos a la desestimación de los correspondientes costos, deducciones, descuentos y pasivos, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, norma especial que preferiría a la genérica del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, sobre costos presuntos, invocada por la recurrente.

Añade, que la explicación del costo presuntivo impetrado, equivaldría a "patentar el ocultamiento de libros y papeles de comercio ante una visita de investigación fiscal", según se pusiera de manifiesto en la instrución número 2 de 1981, de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

3. *La "sanción por inexactitud"*, teniendo en cuenta que la contribuyente no demostró que, en el traslado, conservación y cuidado de los libros de comercio, hubiera observado las medidas de seguridad necesarias, apareciendo, al contrario "según conste en el informe de la policía", que la destrucción del archivo se produjo por las precarias condiciones en que éste se hallaba. Y que tampoco acreditó la fuerza mayor "proveniente del invierno", que habría tenido lugar en el mes de octubre, pero de la cual sólo tuvieron conocimiento "las autoridades" en diciembre de 1984, y eso, con ocasión del requerimiento librado.

Los rubros de que daban cuenta los comprobantes no exhibidos, debían rechazarse "lo que en lenguaje lato significa (ba) que se (tuvieran) por *inexistentes*" (subrayas en el texto).

4. *La "sanción por libros"*. Ya que de la simple lectura de los pertinentes numerales de los artículos 34 del Decreto 2821 de 1974 y 56 del Decreto 3803 de 1982 "se infiere que la sociedad es merecedora de la sanción..."

La demanda:

Se citan como normas violadas, de un primer grupo de preceptos, los artículos 22 del Decreto 825 de 1978, 233, 234, 238 y 245 del Código de Procedimiento Civil, 11 del Decreto 2265 de 1969, 8º de la Ley 145 de 1960 y 62 del Decreto 1761 de 1961.

De los correspondientes conceptos de violación se expresa, en síntesis que:

a) Debiendo tenerse por ciertos los hechos informados en la declaración tributaria, la prueba es obligatoria para quien pretende desconocer los hechos amparados en presunción e innecesaria para el contribuyente, excepto que se trate de "ciertos hechos específicos que deben soportarse al declarar", de los que la ley exiga una "comprobación especial".

Ello sin perjuicio de la facultad investigativa de la Administrativa que por el contrario, se erige en obligación para reunir la prueba que desvirtúa la presunción, pero sin que el ejercicio de dicha facultad, que incluye la de exigir los libros de contabilidad, anule por sí el efecto de lo presumido, porque "sólo la plena prueba que se derive de los libros podrá negar la virtud o el mérito que entraña la presunción".

b) Como en materia tributaria, la inspección carece de reglamentación plena, se debe remitir ésta al Código de Procedimiento Civil, en cuyos artículos 245 y 243 se consagra la necesidad del peritaje, de acuerdo con la naturaleza del hecho investigado, lo que implica que, en determinadas circunstancias, la falta del experticio, o de los requisitos formales de ésta, haga insuficiente la prueba de inspección.

En la practicada por la Administración se omitieron las formalidades relativas al número de peritos y los traslados, careciendo, de otro lado, de la idoneidad de aquéllos, quienes la llevaron a cabo.

Por otro aspecto, la fuerza mayor acreditada en la vía gubernativa explicaba la no presentación de los soportes contables cuando se requirieron, no siendo, pues, atribuible este hecho a una negativa con la que se hubiera querido ignorar la facultad de exigirlos de que gozaba la unidad impositiva, porque, entonces, la presunción habría quedado sin piso, con todas las consecuencias adversas para la investigada. Se llega, así "al plano de una duda generada en un vacío probatorio que no tiene fuerza contra la presunción y que, por el contrario, tiene que resolverse en favor del contribuyente, según lo dispuesto por el artículo 62 del Decreto 1651 de 1961 actualmente vigente..."

Se señalan igualmente quebrantados, los artículos 31 del Decreto 2053 de 1974, 49 del Decreto 3803 de 1982 y 56 de este mismo decreto.

El primero, referente a los costos presuntos "porque si la Administración, en su sentir, no encontró manera de determinar (los) por medios directos y la Dirección de Impuestos no tenía estimado el costo para la actividad, era lógico dar aplicación a la presunción del 75% del valor de los ingresos".

El segundo, sobre los presupuestos de la inexactitud sancionable, porque no existía el menor indicio de haberse "falseado la realidad de las operaciones", ni prueba alguna "sobre la omisión de ingresos o la inclusión de gastos inexistentes o de datos desfigurados". Fuera de que en ninguna disposición legal se ha dicho que la sanción sea complemento de la inadmisión de costos o gastos. El origen de la misma, según la accionante, es la certeza de haberse intentado el fraude, no el mero rechazo de efectos deducibles por supuesta falta de prueba.

El último, en cuanto a irregularidades contables, porque las presuntas infracciones no fueron establecidas por la Administración, estando justificada la ausencia de soportes por el evento de fuerza mayor.

El fallo apelado:

El *a quo* dirime las cuestiones de litis, en el mismo orden de exposición de éstas en el recurso gubernativo, a saber:

1. *La "nulidad de la liquidación de revisión"*, tema que restringe a la eficacia "de las inspecciones oculares a la contabilidad de los contribuyentes hechas por funcionarios que no tienen la calidad de contadores públicos" y sobre el que se pronuncia en forma adversa a las pretensiones de la demandante, con apoyo en la sentencia de 15 de septiembre de 1985, de esta Sección del Consejo, expediente número 395, con ponencia del señor consejero Hernán Guillermo Aldana Duque, según la cual, el artículo 123 del Decreto 154 de 1968 no exige, del funcionario que practique la visita de inspección, la condición de contador público sino que esté debidamente autorizado para tal fin, que es caso distinto del contemplado en el artículo 8º de la Ley 145 de 1960, en conexión con el artículo 11 del Decreto 2265 de 1969, sobre "inspección pericial, que sí requiere la autorización de un contador público".

2. *La "aplicación de costos presuntos"*, que considera viable y acoge, en contraposición a lo argumentado en la resolución administrativa del recurso, en virtud de la "regla de oro" del artículo 31 de la Ley 52 de 1977, atinente al relevante espíritu de justicia que debe presidir la aplicación recta de la ley, pues el Estado no aspira a más de aquello con que la ley ha querido que se coadyuve a las cargas públicas.

Sobre el particular, razona que el "aparente conflicto", advertido por el funcionario de la instancia gubernativa, entre los artículos 15 del Decreto 3803 de 1982 y 31 del Decreto 2053 de 1974, debe desatarse en pro de éste, que consulta la equidad y la justicia, sin que, por lo demás, implique ello el estímulo al "ocultamiento de libros y papeles de comercio" que sostiene dicho funcionario.

Agrega que, repetidamente, el Tribunal y el Consejo de Estado, han venido aplicando, aún oficiosamente, la presunción de costos, frente al hecho irrefutable de que "la renta gravada en la enajenación de activos conlleva necesariamente la inversión en costos de operación", como se habría definido en las sentencias de 30 de agosto de 1985, proceso 3972 y 20 de noviembre de 1981, de esta Corporación, con ponencias de los señores consejeros Enrique Low Murtra y Carmelo Martínez Conn.

3. *La "sanción por inexactitud"*, que reconfirma, en consonancia con las apreciaciones contenidas en la resolución del recurso administrativo y un concepto doctrinario de conocido autor, que trae a propósito, según el cual, la pena pecuniaria por inexactitud es susceptible de tipificarse "aunque no necesariamente", con motivo de la infracción material de inexactitud y la infracción formal de libros, pues si hay inexactitud de los factores de costo o deducción "es porque el contribuyente carece de la prueba de ellos o existe la prueba en contrario de su falsedad o simulación, o no hay derecho a solicitarlos; y cuando el sujeto obligado a llevar la contabilidad no la lleva o la lleva irregularmente y carece además de otros medios de prueba para demostrar tales factores o parte de ellos resulta, además, siendo inexacto..."

4. *La "sanción por libros de contabilidad"* que mantiene, así mismo, porque "las causas aducidas para justificar la no presentación de los papeles de comercio solicitados, nunca fueron plenamente probados".

Es de destacar que, en el fallo apelado, se tuvo por inoportuno, por haberse planteado con posterioridad al término de fijación en lista, un "memorial de impugnación de la demanda, solicitando no sean atendidas las súplicas de ésta, sino que por el contrario se confirme la actuación de la vía gubernativa", suscrito por "abogado adscrito a la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, la entidad demandada (la Nación)..." (paréntesis en el texto).

Los recursos de apelación:

El apoderado de la actora "en relación con la petición principal que implica confirmar la liquidación privada", manifiesta ratificar en todas sus partes los fundamentos de hecho y de derecho de la acción.

De otra parte, cuestiona la validez atribuida en el fallo a los actos acusados, porque:

a) No estando vigente el artículo 123 del Decreto 154 de 1968, debían aplicarse las disposiciones pertinentes del procedimiento civil y de los artículos 8º de la Ley 145 de 1960 y 11 del Decreto 2265 de 1969, citados en la demanda.

b) El hecho de disponerse de autorización para practicar la inspección contable, no hace de ésta una prueba conducente y eficaz, aún estando probada la calidad de contador público de quien la realiza.

Por lo que concierne a "la petición subsidiaria encaminada a discutir la sanción por inexactitud", insiste en los planteamientos hechos en la demanda y añade que si bien la aplicación del costo presunto

no excluye la sanción por inexactitud, debe imponer ésta sólo por los hechos específicamente establecidos en la ley, no habiéndose negado "la realidad de los costos y gastos solicitados, sólo que éstos fueron rechazados, mas no por inexistentes sino por la imposibilidad de su verificación, ante lo cual se han reconocido los presuntos..."

Y, en lo que respecta a "la petición subsidiaria dirigida a impugnar la sanción por libros de contabilidad", se remite a los argumentos del libelo y afirma que son: "suficientes para que se revoque la sanción".

El representante de la parte impugnadora, sustenta su recurso con los mismos argumentos propuestos en la instancia, para que se abstuviera de un fallo de mérito, es decir, la ineptitud de la demanda, pues, aunque admite que la proposición del hecho exceptivo era extemporánea, había acudido a la facultad oficiosa conferida por el inciso 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Civil, para que se decidiera sobre la excepción que se encontraba probada, que lo era haber omitido el demandante la designación de la parte demandada, por lo cual, no impidiendo el silencio del inferior que el superior estudie todas las excepciones de fondo, propuestas, o no, persiste en el señalado aspecto, conforme a lo consignado "en el escrito de 10 de agosto pasado".

Alegatos de conclusión:

La delegada del Director General de Impuestos Nacionales, manifiesta oponerse a las pretensiones de la demandante, en lo concerniente a los aspectos esenciales de la apelación.

En materia de la competencia el funcionario visitador, comparte los razonamientos del *a quo* y la remisión que éste hace a la jurisprudencia de esta Corporación, estimando, además, que las facultades del citado funcionario encontraban apoyo suficiente en el Decreto 074 de 1976.

No así el reconocimiento del costo presuntivo que, en su entender, se opone a las previsiones de la instrucción 02 de 1981 de la Dirección General impositiva, pues estando la contribuyente obligada a llevar libros de contabilidad y habiendo informado sus costos en la declaración, no demostró éstos, ni allegó "la contabilidad solicitada", aparte de que tampoco acreditó la fuerza mayor alegada, ni la realidad de la destrucción de los soportes contables.

Deduce, que dadas las irregularidades contables reportadas por la administración seccional, que movió al desconocimiento de los costos por falta de pruebas, se deben mantener las sanciones impuestas.

Concepto del Ministerio Público:

Referente a la "nulidad de la operación", la señora Fiscal Sexta de la Corporación acoge los planteamientos de la sentencia recurrida, en punto a que, en lo tributario no proceden otros motivos de nulidad que los taxativamente indicados, para el caso, en la Ley 52 de 1977, y que las objeciones a la inspección contable y a la idoneidad de los funcionarios que la adelantaron, están basadas en normas exclusivas del procedimiento civil y se trata de asunto ya dirimido por el Consejo de Estado, como se destacó en el fallo estudiado.

De la "sanción por inexactitud", no ve configurados los presupuestos necesarios del artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, supuesto que una cosa es no haberse podido verificar contablemente los costos y, otra diferente, que la actora hubiera cometido algunas de las faltas que dan lugar a aplicar la pena, por lo que halla que debe levantarse ésta.

Pide, en cambio, confirmar la "sanción por libros de contabilidad", habida cuenta de haberse comprobado "que la sociedad no presentó su contabilidad a la Administración cuando fue requerida y que el hecho fortuito en que tardíamente basó su omisión no ha sido plenamente comprobado..."

Con respecto a la apelación de la parte contraria, secciona en dos capítulos la exposición de ésta y conceptúa que:

a) La "solicitud de fallo inhibitorio por inepta demanda", aunque en el libelo introductorio se hubiera omitido, efectivamente, la designación de las partes y sus representantes, no procede, porque el *a quo* no solamente no advirtió su vicio para que fuera corregido, sino que admitió la demanda "por haberse interpuesto con el lleno de los requisitos exigidos por la ley", y notificó y dio traslado, sucesivamente, a la Nación, sin reparo alguno de ésta, por lo que "es de entender que el Tribunal Administrativo de Santander, al interpretar la demanda, no tuvo dudas sobre las partes que integraban la litis y habiendo citado el ente que produjo los actos demandados como sujeto pasivo de la relación procesal, no puede menos que concluirse que la relación jurídico procesal entre demandante y demandado se trabó en debida forma, siendo ajustado a derecho el pronunciamiento de fondo del Tribunal..."

b) La "aceptación del costo presunto" es viable, de acuerdo con el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, cuando haya indicios de que el costo informado no es real, o cuando no se conozca el de los bienes enajenados, ni sea posible la determinación de los mismos con pruebas directas, hipótesis que no se dan aquí, pues "no es que existan pruebas de que el costo informado no sea el real, ni que se desconozca éste y tampoco que no haya sido posible su determinación por pruebas

directas", sino que la ausencia de comprobantes y de justificación sobre su defecto, quebró la presunción de veracidad del informativo y traslado a la declarante la carga de la prueba, que, no presentada, forzó el rechazo de tales costos, con arreglo al artículo 15 del Decreto 3803 de 1982.

Así "la Administración obró correctamente y ( ) la decisión del Tribunal de acceder a la deducción del costo presuntivo es contraria a derecho", concluye la señora fiscal, debiendo revocarse la sentencia en este punto.

Consideraciones de la Sala:

1. *Sobre la apelación de la parte impugnadora.*

A este respecto observa la Sala que el auto admisorio de la demanda fue notificado al Jefe de la División Delegada de la Subdirección Jurídica de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga y a través del funcionario competente actuaron en el proceso y consintieron hacerlo como dependencias de la Dirección General de Impuestos Nacionales. En consecuencia puede afirmarse que no se afectó el debido proceso.

Es cierto que la demanda no fue muy precisa cuando se refirió a la "Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, Divisiones de Auditoría, Recursos Tributarios, etc.", pero dicha imprecisión fue subsanada, a través de su actuación en el proceso, sin cuestionar su legitimidad para actuar como parte demandada. Es por ello que el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil al regular las nulidades prescribe que éstas se considerarán saneadas cuando la persona indebidamente representada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente.

No está, pues, llamado a prosperar el recurso de que se habla.

2. *Sobre la apelación de la parte demandante.*

a) *De la presunción de autenticidad del informativo tributario.*

Se tiene dicho, que la inferencia de ser verídicos los hechos que refieran las declaraciones tributarias y sus correcciones, o las contestaciones de requerimientos administrativos, deriva del riguroso cumplimiento de las formalidades propias de los factores declarados y, en ciertos casos, del acopio de prueba especial expresamente contemplada en la ley.

Del hecho de la informalidad, o de la ausencia de comprobación especial, se sigue, necesariamente, la inoponibilidad de la presunción. Y del de la conformidad y debida instrumentación, la reversión de

la carga de la prueba, en punto a que no es al declarante a quien incumbe acreditar los hechos informados, sino a la Administración desvirtuar éstos con prueba contraria.

Obviamente, la actividad de la Administración puede estar cifrada, bien en la demostración de que no se satisficieron los presupuestos del hecho presumido, o en la prueba de que éste era materialmente inexacto, así hubiera observado la forma o instrumentación ya dichas.

Ahora bien, si el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 autorizaba el desconocimiento fiscal de "los correspondientes costos, deducciones, descuentos y pasivos", por el mero hecho de no exhibirse los "libros, comprobantes y demás documentos de contabilidad, cuando la Administración lo exija", es evidente que el legislador exigiere, en tratándose de contribuyentes obligados a tener contabilidad registrada, la indispensable coherencia entre los datos consignados en la declaración tributaria y el asiento o registro contable de las correspondientes transacciones, y que había creado una "comprobación especial", si bien no exigible con la declaración o corrección, sí de absoluta disponibilidad en tanto permaneciera vigente la facultad de fiscalización de la Administración.

Consiguientemente, no por los requerimientos mismos librados a la contribuyente, o las exigencias que se hubieran formulado en éstos, sino debido a la circunstancia de haberse establecido la ausencia no justificada de comprobantes externos, que soportaran los registros contables y, de suyo, los factores de costo o deducción declarados, forzosamente se llega a la conclusión de que la Administración había desvirtuado los presupuestos de forma o documentación de tales factores, en cuyo caso, los cargos relativos a la infracción de los preceptos que tutelaban la presunción de autenticidad, no debían prosperar como, en efecto, no prosperaron, aspecto en que la sentencia apelada está a derecho, independientemente de que su motivación difiera en algún punto de lo que se acaba de exponer.

b) *Del acta de inspección contable.*

La eficacia probatoria de la inspección es, por supuesto, la que le otorgan las pertinentes normas del procedimiento civil, conforme a las reglas de la sana crítica.

Y dado que se trata de un procedimiento de verificación, que se traduce en el simple examen de personas, lugares, cosas o documentos, no necesariamente exige la intervención de expertos, por estar expresamente reservada ésta a eventos que "requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos", a términos del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

De hecho, a las visitas de inspección administrativa y fiscal adelantadas por funcionarios impositivos, jamás se ha atribuido el mérito

de prueba pericial, precisamente porque, para efectuarlas, no existe disposición legal alguna que imponga a aquéllos, y ni siquiera a los jueces del proceso civil, una particular versación técnica, científica o artística, de suerte que las confrontaciones o reconocimientos que realicen unos y otros, en tanto no desborden el ámbito propio del conocimiento especializado, surten efectos de plena probanza.

Y como verificar la inexistencia de unos comprobantes de contabilidad, o sea inconsistencias de éstos con los asientos de libros, o con los datos del informativo tributario, no necesita, ciertamente, de profundos conocimientos contables no se ve la razón para que los inspectores o visitadores de la Administración tributaria deban acreditar título de contadores públicos registrados.

En cuanto los postulados de la actora pretenden refundir, en una, dos pruebas de caracterizada índole diversa, la inspección y la peritación, los respectivos cargos están condenados al insuceso y debe concederse al acto de que se trata eficacia demostrativa en cuanto a la falta de los efectos de comercio que debió presentar la contribuyente a la comisión visitadora.

c) *Del hecho constitutivo de fuerza mayor.*

Se afirma en la doctrina civilista, inspirada en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, consistir la fuerza mayor o el caso fortuito, en el imprevisto a que es imposible resistir, pero sin que el efecto liberatorio de éste se produzca por el sólo acaecimiento del mismo, pues quien lo aduzca debe aparecer exento de culpa o dolo y demostrar que no obstante las medidas razonables adoptadas para precaverse, el suceso tuvo caracteres de irresistible e imprevisible.

Por lo que se deduce de las cartas cursadas por la contribuyente a la comisión visitadora, su denuncio ante las autoridades de policía y la propia constancia de éstas, el lugar en que supuestamente se había alojado el archivo, no ofrecía seguridades suficientes para la conservación de ésta. Prueba de ello es la descripción que en la constancia se hace de la construcción, de la que era observable "que el techo fue construido en falso, en maderas y cañabrava. Esto se derrumbó debido a que lá madera que sostenía la teja se pudrió...". Como lo es el hecho de que "un aguacero", como allí se dice, hubiera sido suficiente para destruir o deteriorar los documentos archivados.

De otro lado, en parte alguna consta que los comprobantes requeridos por la Administración estuvieran efectivamente en la edificación averiada, toda vez que el funcionario de policía se limita a expresar que "según informes" de los interesados, el archivo deteriorado databa de 1973 y pertenecía a la sociedad contribuyente.

Lo anterior, sumado a la circunstancia advertida de que la contribuyente no hubiera dado aviso oportuno del hecho a la Administra-

ción, impide tener por demostrado que aquélla estuviere exonerada de la presentación de los documentos solicitados.

d) *De la estimación o la presunción de costos.*

Del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, puede establecerse que la estimación o la presunción del costo, proceden cuando se dude de la realidad de éste, o no se conozca "ni sea posible su determinación mediante pruebas directas, tales como las declaraciones de renta del contribuyente o de terceros, la contabilidad o los comprobantes internos o externos..."

La primera hipótesis, supone un fenómeno típico de inexactitud; la segunda, el hecho poco usual de que el contribuyente se hubiera abstenido de presentar cifra alguna del costo en su declaración o en sus libros y comprobantes contables; y la tercera un problema de forma o instrumentación, pues que una cosa "no sea posible", según el Diccionario de la Lengua Española, significa simplemente que haya dificultad de ejecutarla, no que se ignoren en absoluto los factores decisivos para su ejecución, que sería un imposible.

Habiendo renunciado la Administración tributaria, implícitamente a la "estimación" del costo, por el método previsto en la primera parte de la norma analizada, debía proceder a la "presunción" del mismo por mandato legal. Sus argumentos en el sentido de que una utilidad presumida del 25% pueda ser "estimulante" para el omiso, resultan ajenos a la realidad económica.

La sentencia en este punto debe ser confirmada, aunque no propiamente por vagas razones de equidad.

e) *De la sanción por inexactitud.*

Se dejó establecido, en apartes precedentes que en frente a la presunción de veracidad que emanaba de la declaración tributaria, el tema de la prueba contraria a cargo de la Administración debía ser, o el del incumplimiento de los requisitos de forma e instrumentación del costo declarado, o el de la inexistencia física, o inexactitud material de éste, por estar incuestionablemente acreditado que no se había incurrido en el mismo.

Y, también está precisado que lo que resultaba probado en el acta de inspección era parcialmente, la falta de respaldo contable de los asientos de libros y del informativo tributario.

Puesto que las sanciones, como bien lo sostuvo la actora y acertadamente se subraya en el concepto fiscal, son de derecho estricto y su descripción legal debe subsumir exactamente el hecho imputado, no se encuentra que la sola ausencia de soporte contable, o que la determinación del costo real "no hubiera sido posible" por métodos

directos, estructuren alguna de las hipótesis del artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, pues de ello no se deduce que el costo fuera inexistente, o que se hubieran empleado en la declaración factores equivocados, incompletos o desfigurados.

Para llegar a esta convicción, la Administración tendría que haber acreditado, la utilización, en la declaración, de los irregulares datos aludidos, asunto que jamás propuso, o la inexistencia física o inexactitud material de los costos, lo que no probó.

Se habrá de revocar en esta parte la sentencia apelada, en consonancia con las apreciaciones del Ministerio Público.

f) *De la sanción por libros.*

El punto no suscita mayores motivos de duda, habida la circunstancia de que no estando demostrada la incidencia de la fuerza mayor en la falta de los comprobantes ni, por tanto. justificada la no exhibición de éstos, se configuraban los supuestos sancionables esgrimidos por la Administración y ratificados en la sentencia de primer grado, que se confirmará en lo pertinente.

Procede, consecuencialmente, la práctica de la siguiente nueva liquidación:

ZOILO SANTAMARIA E HIJOS, LIMITADA
NIT: 90.204.682 A
AÑO GRAVABLE: 1982

Concepto	*Impuesto*
"Total impuestos y sanciones", conforme a la sentencia recurrida	$ 14.103.788
Menos: Sanción por inexactitud determinada en éste:	9.369.192
Total a cargo por impuestos y sanciones	$ 4.734.596

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase parcialmente la sentencia apelada.

En su lugar, modifícase la liquidación del impuesto sobre la renta y de las sanciones a cargo de la sociedad Zoilo Santamaría e Hijos, Limitada, Nit: 90.204.682 A, por el año gravable de 1982.

Como consecuencia, fíjase en la suma de cuatro millones setecientos treinta y cuatro mil quinientos noventa y seis pesos ($ 4.734.596), si el valor total del impuesto de renta y de la sanción por libros de contabilidad a cargo de la citada contribuyente, por el mencionado ejercicio fiscal, de conformidad con la discriminación visible a folio 8º de la sentencia recurrida.

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, presidente de la Sala ausente; *Jaime Abella Zárate Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ACCION CONTENCIOSA DE IMPUESTOS

La acción, o más técnicamente la pretensión en los procesos contra actos liquidatorios de impuestos, puede ser también la que conduzca a una modificación y no a una anulación de dicho acto, esto es a que mediante una nueva liquidación signifique que aquella es nula en su totalidad. Cuando no se configure ninguna de las causales que conduce a la anulación completa de la liquidación, es posible modificar algunos de sus aspectos en cuanto se demuestre que fueron tratados en forma contraria a la ley. (Ejercicio fiscal de 1979).

REQUERIMIENTO ESPECIAL-Término

El art. 32 del Dct. R. 825 de 1978 que posteriormente adquirió fuerza legal al ser incorporada en los artículos 3º, literal a) y 14 del Decreto extraordinario 2218 de 1978, implicó que la "Renuncia al resta del término" hecha con la respuesta quedara sin eficacia, pues claramente vino a establecerse que el reparto del expediente debía hacerse una vez "vencido el término para responder" y no una vez recibida la respuesta. (Ejercicio fiscal de 1979).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., siete de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1119. Impuestos. Actor: Industrias Agrícolas El Carmen S. A. (hoy Productos Fitosanitarios PROFICOL El Carmen S. A.). Fallo.

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad "Industrias Agrícolas El Carmen S.A." (hoy Productos Fitosanitarios PROFICOL El Carmen S.A.), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de diciembre de 1985 la cual resolvió desfavorablemente la demanda presentada contra los actos administrativos mediante los cuales la Dirección de Impuestos Nacionales le determinó el impuesto sobre la renta y complementarios a su cargo por el año gravable de 1979.

Antecedentes:

A la actora le fue practicada la liquidación de revisión número 101841 de 23 de julio de 1982 en la cual, luego de determinarle la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios, le fue fijado gravamen en cuantía de $ 87.906.154. Recurrido en reconsideración, ante Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, la liquidación anterior fue confirmada por medio de la Resolución número A-000365-P de 21 de marzo de 1984 (fls. 34 a 40 lápiz rojo cuaderno principal), con la cual se agotó la vía gubernativa.

La demanda contenciosa:

Cinco puntos básicos alegó la peticionaria ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a saber: 1. Nulidad, por haberse practicado extemporáneamente la liquidación de revisión objeto de la demanda. 2. Nulidad, por incompetencia del funcionario que practicó la liquidación de revisión. 3. Errónea determinación de la renta gravable por el sistema de comparación de patrimonios y, 4. Ilegalidad de la propuesta de practicar liquidación de renta nueva, con fundamento en la glosa de deducciones solicitadas y pérdidas por $ 44.640.067, 5. Determinación de la renta presuntiva por la suma de $ 1.579.499.

La sentencia apelada:

Con relación a cada uno de los puntos anteriores el *a quo* dijo:

a) Nulidad por extemporaneidad en la práctica de la liquidación:

El Tribunal analizó la actuación administrativa a la luz del artículo 73 de la Ley 52 de 1977, el cual prescribe que cuando se notifique el requerimiento especial el término para practicar la liquidación se suspenderá durante el plazo señalado en la ley para su respuesta (de 1º de abril al 1º de julio de 1982). Al término anterior deben agregarse los 5 días hábiles por haberse enviado por correo el requerimiento especial con lo cual se prorrogó el término hasta el 8 de julio de 1982, más los 17 días que le faltaban para completarse los dos años, se amplía el término hasta el 25 de julio de 1982. Consideró igualmente el Tribunal que el término de tres (3) meses de que habla la disposición citada es perentorio, o en otros términos, que obliga a ambas partes, y no es renunciable por una de ellas.

b) Nulidad por incompetencia del funcionario que practicó la liquidación:

En la demanda ante el Tribunal la parte actora sustenta su razonamiento en que el artículo 45 de la Ley 52 de 1977 prevé en forma expresa que una vez recibida la respuesta al requerimiento, el expe-

diente pasará "a otro funcionario de igual o mayor jerarquía, *escogido por sorteo*, a fin de que practique la liquidación de revisión o confirme la liquidación privada según el caso". Alega que siendo parte "como apoderado de la compañía no se le ha citado para la realización del sorteo". El *a quo* sostuvo la actuación de la vía gubernativa y argumentó que en ninguna parte la ley establece que se deba correr traslado del sorteo a las partes". Tampoco demostró la peticionaria la nulidad sino que apoyó su solicitud en simples afirmaciones, siendo que las nulidades están consagradas en el artículo 57 de la Ley 52 de 1977. Con fundamento en que para estos casos la ley no autoriza traslado a las partes, el cargo fue denegado.

c) Liquidación por el sistema de comparación patrimonial:

Ante el Tribunal sustentó esta pretensión en el hecho de que la Superintendencia de Sociedades Anónimas autorizó a la peticionaria, por medio de la Resolución número EX-09411 de 23 de noviembre de 1979, para *colocar 3.102.786 de acciones al precio de $ 65.20 lo cual explica un aumento de capital de $ 202.301.647* que sumado a la utilidad comercial del ejercicio por $ 17.467.739 desvirtúa plenamente la presunción de renta capitalizada por $ 219.765.385" (fl. 51, cuaderno principal).

El Tribunal *a quo* consideró incompleta la prueba para justificar el aumento de capital y dijo sobre el particular:

"Con la declaración de renta, el anexo 14, (fl. 000214 c. a.) muestra una conciliación patrimonial que incluye dos partidas una por $ 171.273.787, con prima en colocación de acciones capital suscrito y pagado por $ 31.027.860, estas dos partidas suman un total de $ 202.301.647 con ocasión de la demanda ante esta jurisdicción a folios 11 y 12 del cuaderno principal obra una copia de la Resolución número EX-09411, de 23 de noviembre de 1979 emanada de la Superintendencia de Sociedades, mediante la cual se autoriza a la sociedad actora a colocar 3.102.786 acciones reservadas al precio de $ 65.20 moneda corriente cada una, conforme al reglamento aprobado por la junta directiva el 23 de octubre de 1979.

"Ahora bien, el contrato de suscripción de acciones es definido por el estatuto mercantil, en su artículo 384, como aquel en virtud del cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos, y la compañía, a reconocerle la calidad de accionista, y a entregarle el título correspondiente. Como todo contrato, el de suscripción, supone la existencia de un período precontractual, dentro del cual se enmarca la oferta o propuesta del negocio jurídico y la manifestación del destinatario de aceptarlo o rechazarlo. El consentimiento nace, y por tanto, el contrato se perfecciona, en el momento en que el oferente se entere de la aceptación de la oferta por parte del destinatario, se-

gún el artículo 386 del Código de Comercio el reglamento de colocación de acciones debe contener las condiciones de la oferta; y la autorización que exige la ley para el caso de sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades es una solemnidad *ad substantian actus*. Adicionalmente, el artículo 392 *ibídem*, establece que vencido el término de la oferta para suscribir el gerente y el revisor fiscal de la sociedad comunicarán de inmediato a la Superintendencia el número de acciones suscritas, los pagos efectuados a cuenta de las mismas, la cifra en que se eleve el capital suscrito, las cuentas pendientes de pago y los plazos para cubrirlos. En consecuencia, en el caso de autos como lo manifiesta el señor fiscal, en concordancia con lo alegado por la parte impugnadora la prueba allegada al proceso para demostrar el aumento de capital resulta incompleta e insuficiente para justificar el aumento patrimonial. Por tanto no puede la Sala acceder a las súplicas de la demanda. No prospera el cargo.

"Por cuanto no ha sido desvirtuada la comparación patrimonial no entra la Sala a estudiar los otros puntos controvertidos".

El recurso de apelación

Al sustentar el recurso de apelación, la sociedad en memorial visible a folios 132 a 159 del cuaderno principal, sostiene:

1º Que hay nulidad de la liquidación de revisión por haber sido practicada en forma extemporánea por la Administración de Impuestos, al no tener en cuenta la renuncia expresa del término legal a favor del contribuyente al dar respuesta al requerimiento especial.

Luego de transcribir el artículo 73 de la Ley 52 de 1977 que se refiere a la notificación del requerimiento y a la suspensión de los términos para practicar la liquidación de revisión (fl. 134), copia el artículo 45 *ibídem* que trata del plazo de que dispone el contribuyente para dar respuesta al requerimiento y cumplir las demás exigencias en él contenidas: transcribe el artículo 45 *ibídem* que trata del trámite del expediente y señala que "pasará a otro funcionario de igual o mayor jerarquía, escogido por sorteo a fin de que se practique la liquidación de revisión..." y concluye sosteniendo que al dar respuesta al requerimiento especial el 24 de junio de 1982 renunció expresamente al término que le concedía la ley, todo de conformidad con el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil, y por tanto el plazo de que disponía la Administración para practicar la liquidación de revisión precluyó el 12 de julio de 1982, por lo cual la liquidación de revisión número 101841 de 23 de julio de 1982 "es manifiestamente extemporánea y sin efecto legal ninguno, extemporaneidad en su notificación que está consagrada expresamente como causal de nulidad por el numeral 3º del artículo 57 de la Ley 52 de 1977, como lo ha venido alegando mi representada desde la presentación del recurso de

reconsideración en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 56 de la ley *ibídem*" (fls. 135 y 136, cuaderno principal).

2º Nulidad por incompetencia del funcionario que practicó la liquidación de revisión. Manifiesta que esta nulidad está expresamente consagrada en el numeral 1º del artículo 57 de la Ley 52 de 1977 y procede decretarla en el caso en controversia al no aplicarla el Tribunal de Cundinamarca. Sostiene los mismos argumentos expuestos ante el Tribunal y agrega que se ha violado el artículo 45 de la Ley 52 de 1977 que ordena la práctica del sorteo del funcionario que debe practicar la liquidación de revisión pero que "hasta la fecha, mi representada, ni su representante fueron informados ni citados para la realización del sorteo, siendo partes en este proceso como lo son, desde la fecha de presentación de la respuesta al requerimiento especial..." (fl. 137, cuaderno principal). Argumenta que no habiéndose seguido el procedimiento indicado en la citada disposición, se le negó a su representada la garantía elemental de imparcialidad e independencia del funcionario que debía decretar o no la liquidación de revisión, violándose también en forma flagrante y manifiesta el artículo 26 de la Constitución Nacional según el cual "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Insiste en que debe declararse la nulidad por incompetencia del funcionario que practicó la liquidación (numeral 1, art. 57, Ley 52 de 1977), la que es insubsanable por haber precluido el término de dos (2) años que tenía la Administración para practicar la liquidación de revisión.

3º Ilegal mantenimiento del sistema especial de determinación de renta gravable por comparación de patrimonios.

Se hace un recuento de las causas que dieron origen a la determinación de la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios y se expresa que en el memorando explicativo de la liquidación del impuesto sobre la renta, se expuso como causal la no comprobación de la suscripción de 3.102.786 acciones a $ 65.20 cada una por un total de $ 202.301.647, que sumada a la utilidad comercial en el mismo ejercicio de 1979 por $ 17.467.739 desvirtuaba plenamente la presunción de renta capitalizada por $ 219.765.385.

Agrega que en la etapa gubernativa acompañó la copia de la Resolución número EX-09411 de 23 de noviembre de 1979 sobre autorización por parte de la Superintendencia de Sociedades Anónimas para la suscripción de las citadas acciones pero que la correspondiente oficina sostuvo que no se agregó esta prueba para desvirtuar la comparación patrimonial. Apoyado en el hecho de haberla acompañado ante el Tribunal alega que "no hay duda que subsanó oportunamente con la demanda las exigencias probatorias de los actos administrativos acusados, sobre las explicaciones del aumento patrimonial por suscripción de acciones" y que el argumento del Tribunal de "que en el

proceso no está acreditado plenamente" (se refiere a las pruebas para comprobar la autorización de suscripción de acciones) constituye violación manifiesta del principio de lealtad procesal, como lo tiene reconocido el Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia de 5 de julio de 1985 que acompaña a los autos (fls. 143 y 144 cuaderno principal).

Afirma que al mantener en forma ilegal la determinación de la renta por comparación de patrimonios se está "olvidando que, en este caso, el aumento de capital aportado por los accionistas y en poder de la sociedad sin haberse cumplido o sin comprobarse su legalización, era cuando menos, en 31 de diciembre de 1979, un pasivo real a cargo de la sociedad y a favor del accionista aportante por un origen y por su destinación comprobados en la declaración de renta y en el balance y, en ningún caso renta no declarada y capitalizada..." (fl. 141 parte final).

Insiste en que el Tribunal violó el principio de la lealtad procesal, al no aceptar la prueba que había sido exigida por la Administración tributaria, y agrega que las pruebas aportadas en esta instancia deben aceptarse con fundamento en el numeral 2 del artículo 214 del C.C.A., "y habida cuenta de (sic) mi representada, como recurrente, sólo podrá solicitarlas en este escrito de sustentación del recurso de apelación, de acuerdo con lo dispuesto por el aparte final del inciso 4º del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo vigente" (fl. 146, cuaderno principal).

Solicita le sean tenidas en cuenta como pruebas, al tenor de lo dispuesto por el artículo 214, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, los siguientes documentos:

1. La Resolución número EX-09411 de 23 de noviembre de 1979 de la Superintendencia de Sociedades con la que demuestra la autorización previa exigida por el artículo 390 del Código de Comercio como requisito "*ad sustantiam actus*" para colocar 3.102.786 de acciones reservadas al precio de $ 65.20 cada una (fls. 114 a 115).

2. Copia auténtica del Acta número 92 correspondiente a la reunión de junta directiva de 23 de octubre de 1979 con la que se aprobó el reglamento de suscriptores de acciones previo cumplimiento de los requisitos legales (fls. 112 y 113 cuaderno principal).

3. Fotocopias autenticadas de las cartas de oferta a todos los accionistas y su derecho de preferencia, y las cartas de respuesta de cada uno de los accionistas que no suscribieron acciones y cedieron su derecho de suscripción a "Productos Fitosanitarios de Colombia S. A.", que suscribió la totalidad de la emisión (fls. 116 a 126).

4. Fotocopia autenticada del cheque número 4821570 por la suma de $ 202.301.647.20 (fl. 127) con el cual "Productos Fitosanitarios de

Colombia S. A." "PROFICOL" canceló el valor de las 3.102.786 acciones.

5. Fotocopia autenticada de la comunicación dirigida a la Superintendencia de Sociedades Anónimas por los representantes de la compañía y el revisor fiscal en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 392 del Código de Comercio que da cuenta de la suscripción de acciones y eleva el capital social a $ 77.027.860 (fl. 129).

6. Fotocopia autenticada del título número 032 por 3.102.786 acciones y la fecha de su inscripción de diciembre 18 de 1979 (fl. 128).

7. Certificación del revisor fiscal y del gerente de la sociedad en la cual hacen constar la inscripción en el libro de accionistas del Título 032 por el número de acciones antes anotado, conforme al artículo 195 del Código de Comercio (fl. 130) y,

8. Certificación de la Junta Central de Contadores sobre matrícula y vigencia de la inscripción como contador público del revisor fiscal quien firmó la declaración de renta, los balances y el estado de pérdidas y ganancias por 1979. Pide, que se tengan en cuenta todas las pruebas anotadas y se revoque la sentencia recurrida.

Por último expresa que los procedimientos propuestos por las oficinas de impuestos de practicar nuevas liquidaciones con fundamento en el desconocimiento de deducciones con base en la renta presuntiva es a todas luces ilegal y quebranta el artículo 41 de la Ley 52 de 1977 por faltar al principio de lealtad procesal y es contraria al principio de "certeza del impuesto como tiene expuesto esa superioridad en su sentencia de 5 de julio de 1985, transcrita anteriormente..." (fl. 154), todo para concluir que se declare en firme la liquidación privada de su representada por 1979, en la cual agrega la Sala, no se liquidó ningún impuesto a su cargo (ver fl. 30, cuaderno principal).

Alegato de la parte opositora:

El apoderado del Ministerio de Hacienda solicita que se confirme la sentencia apelada con base en los siguientes argumentos:

1. *"Nulidad de la liquidación por haberse practicado extemporáneamente.*

"Considera el doctor Duarte Cancino que la liquidación fue practicada y notificada fuera de término del artículo 41 de la Ley 52 de 1977 teniendo en cuenta la suspensión prevista en el artículo 73 de la misma ley, aduce la nulidad alegando que tal suspensión no implica en ningún caso prórroga del término de dos años para la revi-

sión por ser ésta un fenómeno jurídico distinto al de 'suspensión' previsto en el artículo 73 antes citado. Considera que el término para practicar la liquidación de revisión vencía el 12 de julio de 1982 de tal manera que al practicarse el 23 de julio del mismo año, la misma es nula de acuerdo a los artículos 41 y 57 numeral 3º, así con el artículo 73 todos de la Ley 52 de 1977.

"Respecto a este punto se puede afirmar que no es cierto lo expuesto por el representante de la sociedad por cuanto no hay lugar hacer distinción entre prórroga y suspensión como lo pretende en la demanda para afirmar que no existe suspensión, la suspensión del término si existió conforme al artículo 73 de la Ley 52 de 1977 por el hecho de la notificación del requerimiento especial. Como se expuso en el escrito presentado el 6 de noviembre de 1984, dirigido al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, esta circunstancia es admitida por la misma sociedad al contestar el requerimiento puesto que allí afirma que: 'estamos dentro del término legal de tres meses señalado en el artículo 43 de la Ley 52 de 1977, más la prórroga de 5 (cinco) días del inciso 4º del artículo 68 de la misma ley, para formular contra él las objeciones de la compañía'. No se explica que la sociedad admita la prórroga de los cinco días y no de los diecisiete comprendidos entre la fecha de la notificación del requerimiento especial y aquella en que se cumplen los dos años para la práctica de la liquidación.

"El hecho de que no se da la nulidad propuesta se demuestra con una simple relación de los hechos con la indicación de las fechas. En efecto, la declaración se presentó el 17 de abril de 1980 lo que implica que los dos años que tiene la administración para modificar la liquidación privada vencían el 17 de abril de 1982. El requerimiento especial se notificó el 1º de abril de 1982, es decir, que faltaban al momento del requerimiento especial diecisiete días para completarse los dos años de que habla el artículo 41 de la Ley 52 de 1977 para modificarse la liquidación privada. Los diecisiete días se cuentan entre el 1º de abril de 1982, fecha del requerimiento especial y el 17 del mismo mes y año fecha del vencimiento de los dos años para practicar la liquidación de revisión. El conteo de los meses y días en virtud de la suspensión del término se hace así: a partir de 1º de abril de 1982 se cuentan los tres meses con fundamento en el artículo 73 de la Ley 52 de 1977 resultándonos como fecha julio 1º de 1982 a los que se suman los cinco días hábiles por haberse hecho la notificación del requerimiento por correo, después de agregar estos cinco días nos resulta como fecha el 8 de julio de 1982, a partir de la cual se agregan los diecisiete días corridos a que antes hicimos alusión resultándonos el 25 de julio de 1982, fecha hasta la cual podía válidamente la Administración practicar y notificar la liquidación de revisión. Como el 25 de julio era un domingo quiere decir que el plazo para practicar y notificar la liquidación se corría hasta el lunes 26 de julio de 1982. Siendo que la liquidación de Industrias Agrícolas El Carmen tiene como

fecha de notificación el 23 de julio de 1982, se puede deducir que la misma es válida puesto que no se pretermitió término alguno al practicarla (sic).

"Queda en la anterior forma demostrado que la actuación de la administración no quebrantó norma legal alguna, por lo que solicito al honorable Consejo de Estado que confirme la decisión que sobre este punto tomó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su sentencia.

2. "*Nulidad de la liquidación por incompetencia del funcionario que la practicó.*

"Estima el representante de la sociedad que de acuerdo con el numeral 1º del artículo 57 de la Ley 52 de 1977, los actos de liquidación de impuestos son nulos cuando se practica por funcionario incompetente. La incompetencia la fundamenta manifestando que la oficina de auditoría no realizó el sorteo a que hace referencia el artículo 45 de la Ley 52 de 1977, manifestación a la cual me opongo por lo que no es cierta dado que el aludido sorteo sí se realizó como lo demostró la Oficina de Recursos Tributarios al fallar el recurso interpuesto por la sociedad. En la Resolución número 00365 de marzo 21 de 1984 claramente se dice que el sorteo de ese expediente le correspondió al Acta número 5-45 de junio 28 de 1982, de tal manera que es improcedente la nulidad propuesta. De otra parte que el sorteo a que se refiere la norma es un procedimiento de control administrativo interno, sobre el cual se levantan las actas correspondientes y que se realiza sin la presencia del contribuyente en razón a que la ley no consagra ese requisito, por lo mismo tampoco se les notifica, pero efectivamente el sorteo se realiza y de ello puede expedirse constancia a los contribuyentes que lo soliciten.

"Entonces, ante la ausencia de la causal de nulidad alega, pido al honorable Consejo de Estado que la declare infundada y en consecuencia ratifique la decisión tomada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en su sentencia, ya que no ha existido violación de las normas relacionadas en la demanda y ahora en el recurso de apelación.

3. "*Determinación de la renta por el sistema de comparación patrimonial.*

"El doctor Alfonso Duarte Cancino en su recurso de apelación se muestra además inconforme porque en la sentencia se confirmó la determinación de la renta por el sistema de comparación patrimonial efectuada por la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá. Basa su alegato en el hecho que tanto la Administración de Impuestos como el Tribunal no aceptaron la

suscripción de acciones como hecho que aumenta el patrimonio de la sociedad. En efecto dice acompañar copia auténtica de la Resolución número EX-09411 de noviembre 23 de 1979 de la Superintendencia de Sociedades por medio de la cual autorizó a la sociedad 'Industrias Agrícolas El Carmen' la colocación de 3.102.786 acciones a un valor de $ 65.20 cada una, la cual explica el aumento de capital por $ 202.301.647.00 que sumada a la utilidad comercial del ejercicio de 1979 por $ 17.467.739.00 desvirtúa plenamente la presunción de renta capitalizada por $ 219.765.385.00. Como en los puntos anteriores, en este debo manifestar que me opongo a las peticiones del representante de la sociedad por las razones que en adelante me permito exponer:

"Conviene anotar la referencia que hace la Oficina de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y que comprueba que con motivo del recurso de reconsideración no se adjuntó como prueba la resolución de la Superintendencia de Sociedades.

"La oficina de Recursos Tributarios en la resolución mediante la cual se falló el recurso de reconsideración manifiesta que el memorial del recurso consta de 18 folios e identica (sic) cada uno de esos folios, destacándose que la resolución de la Superintendencia de Sociedades no hace parte de ello, de donde se deduce que con motivo de la presentación del recurso de reconsideración la sociedad no acompañó la prueba contentiva de la resolución antes referida, lo que significa que no ha existido la violación del artículo 31 de la Ley 52 de 1977 y mucho menos el artículo 59 del mismo estatuto en razón a que se obró dentro del espíritu de justicia de que habla el artículo 31 y porque de acuerdo al artículo 59 la prueba le correspondía presentarla a quien recurría de tal manera que no podía trasladarla al Estado.

"Establece como ésta que en la vía gubernativa no aportó la prueba proveniente de la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo al artículo 278 del anterior Código Contencioso Administrativo aplicable en este caso según la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, con motivo de la demanda ante la vía jurisdiccional no podía presentar dicha prueba porque la misma no fue objeto de debate en la vía gubernativa. Por tal razón solicito a ese honorable Tribunal que no tenga como prueba del incremento patrimonial la resolución de la Superintendencia de Sociedades que trae con motivo de la demanda. Esta misma petición la formulé al contestar la demanda ante el Tribunal pero esta Corporación no hizo pronunciamiento alguno al respecto.

"Además y tal como lo afirmé igualmente al contestar la demanda, existe otra razón para no atribuirle valor probatorio a la resolución de la Superintendencia de Sociedades, consiste en que la sociedad no aparece informando a la misma Superintendencia sobre el número de

acciones colocadas, los nombres de los suscriptores la nacionalidad de los mismos y mucho menos la cifra en la que se eleva el capital suscrito de mucha importancia para saber si se desvirtúa o no la diferencia patrimonial.

"Dice el parágrafo tercero de la mencionada resolución:

"Vencido el término de la oferta el gerente y el revisor fiscal comunicarán a este despacho el número de acciones colocadas, los nombres de los suscriptores, la nacionalidad de los mismos y la cifra en que se eleva el capital suscrito". La falta de la información anterior lleva a la conclusión de que no es posible conocer el número de las acciones colocadas, por consiguiente tampoco se conoce el aumento patrimonial y mucho menos, en qué proporción influyó la colocación de acción en el incremento patrimonial por el año de 1979. Por esta razón no es posible aceptar que la suma de $ 202.301.647.00 justifique la diferencia patrimonial.

"Además, aún aceptando en gracia de discusión que la resolución de la Superintendencia de Sociedades constituya prueba, la diferencia patrimonial no se desvirtúa porque sigue siendo superior a la renta líquida del año gravable que según la declaración de renta que obra en el informativo es de cero pesos, por lo que aún aceptando la colocación de acciones como prueba subsiste la comparación patrimonial en los términos del artículo 74 del Decreto 2053 de 1974.

"Las anteriores argumentaciones que además fueron expuestas al contestar la demanda, demuestran que no ha existido la violación de las normas a que se refiere el doctor Duarte Cancino y que no ha existido por parte del Tribunal, la deslealtad procesal alegada en el escrito de apelación.

"Por las anteriores consideraciones respetuosamente solicito al honorable Consejo de Estado que confirme la decisión que sobre este punto se tomó en la sentencia apelada.

4. *"Improcedente e ilegal propuesta de practicar nuevas liquidaciones de revisión.*

"Considera el doctor Duarte Cancino que esa manifestación se hace en el memorando de la liquidación para desestimar deducciones o aplicar la renta presuntiva en el supuesto de que la diferencia patrimonial sea desvirtuada. Manifiesta que ello equivale a practicar una nueva liquidación lo cual no lo permite el artículo 41 de la Ley 52 de 1977 que en forma expresa sólo autoriza a la administración para dentro de los dos años inmediatamente posteriores a la presentación de la declaración de renta para modificar las liquidaciones privadas, por una sola vez mediante liquidación de revisión.

"No comparto las apreciaciones del representante de la sociedad puesto que el eventual rechazo de deducciones o la determinación de la renta presuntiva no implica que se esté practicando una nueva liquidación porque tanto el rechazo de las deducciones como la determinación de la renta presuntiva hacen parte de la liquidación por el año gravable de 1979, la prueba es que se explica en el memorando de la misma. Hacen parte de la liquidación pero no se concretizan en ella porque se utilizó un sistema extraordinario, el de comparación de patrimonios.

"Entonces, siendo que tanto el rechazo de las deducciones como la determinación de la renta por el sistema presuntivo hacen parte de la liquidación practicada a la sociedad por el año gravable dde 1979, respetuosamente solicito al honorable Consejo de Estado que en el evento improbable de desvirtuarse la diferencia patrimonial proceda al rechazo de dichas deducciones o a la fijación de los impuestos por el sistema de renta presuntiva.

"En razón que el doctor Duarte Cancino se refiere a cada una de las partidas de deducciones que se propone rechazar y a la renta presuntiva en adelante me ocuparé de cada una de ellas.

5. *"Rechazo de salarios por $ 2.549.269.*

"Dice el doctor Duarte Cancino que con la contestación al requerimiento comprobó que la base de aportes al SENA determinado por la Administración es ilegal y en cuanto a los salarios de Valledupar y Pereira por $ 819.482.00 los paz y salvos enviados no son extemporáneos porque el pago de los aportes fue oportuno. Sin embargo, en el expediente está demostrado que la base para los aportes al SENA era de $ 15.598.325.00 y que los aportes según los paz y salvos adjuntos corresponden a salarios por valor de $ 13.049.056.00 por lo que la diferencia de estos dos guarismos o sea la suma de $ 2.549.269.00 equivalen a salarios sobre los cuales no se ha aportado a la referida entidad circunstancia por la cual se debe mantener el rechazo. Las afirmaciones hechas por el doctor Duarte Cancino tanto con motivo de la demanda como con motivo del recurso de apelación no aparecen demostradas en el expediente por lo que solicito al honorable Consejo de Estado que confirme la actuación discutida.

6. *"Rechazo de intereses pagados a Abocol por valor de $ 19.164.326.*

"El doctor Duarte Cancino respecto de este punto dice que se tenga como prueba la declaración de renta y patrimonio de Abocol en la cual aparecen relacionados como ingresos dichos intereses.

"Estimo que de acuerdo al artículo 278 del anterior Código, aplicable a este caso según sentencia de la Corte, en esta etapa no es posible porque dicha prueba no fue objeto de debate en la vía gubernativa.

"Por la razón anotada y la carencia de la prueba que desvirtuó el rechazo de los intereses, respetuosamente solicito al honorable Consejo de Estado que se confirme dicha actuación.

7. *"Rechazo de deducciones por pérdida en cuantía de $ 17.463.739.*

"Manifiesta el doctor Duarte Cancino que con la respuesta al requerimiento especial se acompañó certificado expedido por el Superintendente de Sociedades en la que aparece identificada la pérdida de ejercicios anteriores dando así cumplimiento al requisito exigido por el artículo 8º del Decreto 2348 de 1974. La oficina liquidadora justificó el rechazo de esta partida en el incumplimiento por parte de la sociedad de las formalidades del artículo 8º del Decreto 2348 de 1974, lo que significa que no se han traído al informativo la certificación a que hace referencia el inciso 2º de dicha norma que dice: 'Para el reconocimiento de dicha deducción, las pérdidas deberán certificarse por la entidad encargada de ejercer la vigilancia'.

"Entonces, contrario a la afirmación del representante de la sociedad, la prueba aludida no aparece en el informativo por lo que solicito que la partida objeto de análisis sea confirmada.

8. *"Rechazo de $ 2.526.877, por concepto de intereses.*

"Manifiesta el representante de la sociedad que no se trata de intereses pagados en el año sino pérdidas en ventas de documentos negociables (cartas de crédito), pérdidas que no están sujetas a retención en ningún caso la oficina liquidadora justificó el rechazo así: 'Por no acreditar que oportunamente efectuaron la respectiva retención en la fuente sobre los intereses pagados a personas que fueron relacionadas en el punto seis del requerimiento especial suman $ 2.526.877.00'.

"Tal como aparecen relacionadas en el requerimiento especial los intereses que se plantean en el punto seis del mismo fueron sacados de la declaración presentada por la sociedad, de tal manera que no es válida la afirmación de que la partida de $ 2.526.877.00 no corresponda a intereses sino a pérdidas en ventas de documentos negociables. Este hecho lo alega el representante de la sociedad sin adjuntar prueba alguna, razón suficiente para que esa honorable Corporación confirme el rechazo de intereses dado que la correspondiente retención en la fuente (sic) sobre los mismos no ha existido.

9. *"Intereses a los Ferrocarriles Nacionales por valor de $ 116.488.00 y a la corporación financiera por $ 270.099.00.*

"El rechazo obedeció a que las sumas desestimadas corresponden a otra anualidad gravable como se desprende de la declaración de renta presentada por la sociedad, por lo que no son de recibo las simples

afirmaciones sin aportar prueba alguna que hace el representante de la sociedad de que corresponden a la vigencia fiscal de 1979, ante la ausencia de la prueba que demuestre esta afirmación solicito al honorable Consejo de Estado que confirme la partida desestimada.

10. *"Renta presuntiva.*

"Considera el doctor Duarte Cancino que la renta presuntiva no es procedente porque todo el patrimonio está afectado por hechos constitutivos de fuerza mayor. Sin embargo, como en el caso anterior, todo se circunscribe a lo afirmado en la demanda pero sin anunciar ni aportar prueba alguna para demostrar el hecho de la fuerza mayor, razón por la cual pido al Consejo que determine la renta por el sistema de presunción si ello es necesario".

El concepto fiscal:

El Fiscal Tercero de la Corporación en su concepto de fondo solicita que se confirme la sentencia apelada y examina los distintos aspectos del proceso así:

"Nulidad de la liquidación de revisión, por extemporaneidad.

"El señor apoderado sostiene:

"De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 52 de 1977, la Administración podía modificar, válidamente, la liquidación privada del impuesto de renta a cargo de mi representada por el año gravable de 1979, dentro de los dos años siguientes a la fecha de presentación de la declaración de renta y patrimonio correspondiente, la cual fue presentada el día *17 de abril de 1980.*'

"En razón al requerimiento especial número 00395 de fecha *1º de abril de 1982* y en virtud de lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley 52 de 1977 el término de revisión de dos (2) años se suspendió por *diez y siete días,* y en razón a que la supuesta al requerimiento especial se presentó el *24 de junio de 1982,* el término suspendido volvió a correr desde esta fecha, o sea que el funcionario de la Administración tuvo plazo hasta el 17 de julio de 1982, para practicarla, por cuanto tal suspensión no implicaba, en ningún caso 'prórroga', del término de dos (2) años para la revisión, por ser ésta un fenómeno jurídico distinto al de 'suspensión' previsto por el artículo 73 antes citado.

"Inexplicablemente la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, dejó precluir el término legal de dos (2) años que tenía para practicar válidamente la liquidación de revisión por el año gravable de 1979, el cual venció el 12 de julio de 1982, se fechó y notificó la

presunta liquidación de revisión número 101841, por lo cual resulta manifiestamente extemporánea y, por lo tanto, sin efecto legal ninguno, por cuanto repito, de conformidad con el artículo 73 que la Ley 52 de 1977, el término de revisión de dos (2) años no se prorrogó, como lo creyó erradamente la Administración.

"El artículo 42 de la Ley 52 de 1977, establece que antes de efectuar la liquidación de revisión, la Administración enviará al contribuyente, por una sola vez un requerimiento especial que contenga todos los puntos que se propone modificar, con explicación de las razones en que se sustenta.

"El artículo 43 *ibídem* preceptúa que *dentro del plazo de tres (3) meses,* el contribuyente deberá formular por escrito sus objeciones, presentar pruebas..."

"El artículo 68, inciso 4º, aclara que cuando los requerimientos o citaciones se notifiquen *por correo,* los términos para la respuesta o comparecencia se entienden prorrogadas por cinco (5) días.

"Y el artículo 73, inciso 1º, dispone que cuando se notifique el requerimiento especial, *el término para practicar la liquidación de revisión* "se responderá durante los plazos *señalados en esta ley para su respuesta.*

"En este asunto, está demostrado que la Administración le envió, *por correo,* a la sociedad, el 1º de abril de 1982, un requerimiento especial; para responderlo, la contribuyente tenía un término, *que señala la ley,* de tres (3) meses y cinco (5) días (hábiles), comprendidos entre el 2 de abril y el 9 de julio de 1982.

"Cuando la Administración le envió a la sociedad el requerimiento especial, el término para practicar la liquidación de revisión, que venía corriendo desde el 18 de abril de 1980, o sea desde el día siguiente de la presentación de la declaración de renta, aún no había vencido; faltaban, para que se completara los términos de revisión, diecisiete días.

"Sin embargo, el comentado término de revisión no podrá vencerse en la fecha inicialmente prevista (18 de abril de 1982), debido a que como consecuencia del requerimiento especial, se había configurado el fenómeno *de la suspensión,* por tres (3) meses y cinco (5) días.

"Ahora bien, como la suspensión operó hasta el 9 de julio de 1982, el término de la revisión prosiguió su curso, a partir de 1º de los mismos mes y año, para completar los diecisiete días que faltaban para su vencimiento, hecho que ocurrió el 26 de julio.

"La liquidación de revisión fue notificada el 23 de julio de 1982; *entonces, es claro que el cargo de extemporaneidad no puede prosperar.*

"El señor apoderado alega que como la sociedad respondió al requerimiento especial el 24 de junio de 1982 y renunció expresamente al resto de término que tenía para dar respuesta a dicho requerimiento, al término de la suspensión surtió sus efectos hasta esta misma fecha y los diecisiete días que aún le quedaban a la Administración se completaron el 12 de julio de 1982.

"El artículo 73, inciso 1º, de la Ley 52 de 1977 establece que cuando se notifique el requerimiento especial, el término para practicar la liquidación de revisión 'se suspenderá durante los plazos señalados en *esta ley* para su respuesta', y el plazo que aquella señale es de tres (3) meses y cinco (5) días, según los casos; la ley no dice que la suspensión operará hasta el momento en que el contribuyente responda al requerimiento sino hasta el día en que venza el plazo que la misma ley concede al interesado para contestar dicho requerimiento.

"Por otra parte, la ley no le concede al contribuyente la potestad de hacer cosas, en el momento en que aquél lo desee, los efectos de la suspensión, ésta deja de operar por voluntad de la misma ley, cuando se presenta la circunstancia prevista por ésta, o sea cuando se vence el plazo que el contribuyente tiene para la respuesta.

"B) *Nulidad de la liquidación de revisión 'por incompetencia del funcionario que la practicó'*. Sobre el particular el señor apoderado expresa:

"De acuerdo con el artículo 56 de la Ley 52 de 1977, dentro del escrito de interposición del recurso de reconsideración, deberá alegarse la nulidad del acto impugnado.

"Como el artículo 45 de la misma ley establece, expresamente, que recibida la respuesta al requerimiento especial o vencido el término para responder el requerimiento, el informativo pasará a otro funcionario de igual o mayor jerarquía, *escogido por sorteo*, a fin de que practique la liquidación de revisión, o confirme la liquidación privada según el caso, y hasta la fecha, como apoderado especial de la compañía, no se me ha informado ni citado para la realización del sorteo siendo parte en este proceso como lo soy, la liquidación es nula y sin efecto legal alguno, de conformidad con el numeral 1º del artículo 57 de la Ley 52 de 1977, por violación de la norma de procedimiento señalada por el artículo 45 de la misma ley, que es de orden público y como tal, inalienable e inmodificable por las partes en este proceso.

"Con base en lo anteriormente alegado, expresamente solicito de ese despacho, se declare la nulidad absoluta de la liquidación de revisión recurrida, por incompetencia del funcionario que la dictó por haberse omitido para su agencia, el procedimiento de sorteo, con conocimiento o notificación oportuna a las partes interesadas en el

proceso. En Colombia no existe procedimiento secreto, ni siquiera en materia penal, menos en asuntos meramente administrativos.

"En síntesis, el señor apoderado afirma que la incompetencia del funcionario que practicó la liquidación de revisión, surge del hecho de que él, es decir, el apoderado, no fue citado para presenciar el sorteo a que se refiere a (sic) artículo 45 de la Ley 52 de 1977.

"En primer lugar, es preciso aclarar que la competencia para practicar la liquidación de revisión, y en general para proferir un acto administrativo, la establece la ley, y ocurre que el señor apoderado no se preocupó por demostrar que aquélla no le atribuye a quien suscribe la liquidación (señor Alcibiades Suárez Osorio, suditor (sic) 3030-5, división de liquidación, unidad renta) tal facultad.

"Si la ley faculta a determinados funcionarios de las Divisiones de Liquidación, Unidad Renta, de las Administraciones de Impuestos Nacionales, para que practique, previo sorteo, liquidaciones de revisión, no se ve cómo el hecho de no haber sido citado el apoderado de la compañía a presenciar el discutido sorteo, pueda hacer desaparecer la competencia del funcionario o impedir su ejercicio.

"Por otra parte ninguna de las normas de la Ley 52 de 1977 establece que si el contribuyente no fue citado para que presenciara el sorteo, el funcionario no adquiere competencia para practicar la correspondiente liquidación.

"Por lo tanto, *este cargo tampoco puede prosperar.*

"C) *Cuestión de fondo (determinación de la renta por el sistema de comparación de patrimonios).*

"En la liquidación de revisión se le aclaró al contribuyente que, en cuanto a la colocación de acciones, las explicaciones que había expuesto no eran suficientes para desvirtuar la diferencia patrimonial porque 'no prueba tener autorización de la Superintendencia de Sociedades para colocar acciones. Artículo 390, Código de Comercio'.

"El apoderado de la compañía interpuso el recurso de reconsideración y manifestó que adjuntaba 'fotocopia autenticada de la Resolución número EX-09411 de noviembre 23 de 1979, por medio de la cual, la Superintendencia de Sociedades aprobó y autorizó el aumento de capital del (sic) representada mediante la colocación de 3.102.786 acciones reservadas al precio de $ 65.20 cada una, en cumplimiento a lo demandado por el artículo 390 del Código de Comercio'.

"Al decidir el recurso, la Administración expresó que, en esta oportunidad, la contribuyente tampoco había justificado la diferencia patrimonial porque, a pesar de haber advertido que adjuntaba 'foto-

copia autenticada de la Resolución número EX-09411...', omitió aportar esa prueba.

"En la demanda el señor apoderado sostuvo que es inexplicable 'la pérdida de esta prueba en la etapa gubernativa y que el funcionario fallador haciendo caso omiso a lo dispuesto en los artículos 3159 de la Ley 52 de 1977 no la hubiera solicitado a la Superintendencia o a la contribuyente antes del fallo de recurso de reconsideración, para no confirmar liquidaciones de revisión sin ningún fundamento'; en consecuencia 'al determinar la renta por comparación de patrimonios y mantener tal liquidación de revisión en la Resolución número A-000365-P de 1984, los actos administrativos acusados violaron, primero, el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 por indebida aplicación y el segundo, además, los artículos 31 y 59 de la Ley 52 de 1977 por no aplicarlos...'

"Por último, dice que, de todos modos, presenta la prueba que echó de menos la Administración.

"Las autoridades de impuestos no violaron las disposiciones legales que indica el señor apoderado.

"En efecto, tanto en el original del recurso, como en la copia del mismo, el funcionario que lo recibió anotó que la documentación presentada constaba de 19 folios; estos se distribuyen así:

"11 del recurso, 1 del poder conferido por el representante legal de la sociedad, 4 de la certificación de la Cámara de Comercio, y 3 de fotocopias de declaraciones de renta (véase expediente administrativo).

"Si el apoderado hubiera presentado, además, copia de la Resolución número EX-09411, que consta en dos páginas los folios de la notificación serían 21.

"Así pues, es indudable que la Administración de Impuestos no podrá sin ninguna prueba, modificar, en el sentido que pretendía la sociedad, la liquidación de revisión; si lo hubiera hecho, tal decisión constituiría una flagrante violación de la norma que precisamente la demanda señala como violada, o sea el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, ya que éste dispone, en los incisos 1º y 4º, que cuando la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional resultare inferior a la diferencia entre el patrimonio líquido del último período gravable y el patrimonio líquido inmediatamente anterior, dicha diferencia se considerará renta gravable a menos que, *el contribuyente demuestre* que el aumento patrimonial obedece a causas justificativas; y que cuando de las informaciones de la declaración no apareciere la explicación completa del aumento patrimonial deberá requerirse por escrito al contribuyente para que *explique y demuestre* las causas de aumento.

"El señor apoderado igualmente sostiene que si la contribuyente se abstuvo de aportar la prueba, la Administración tenía la obligación de solicitarla, oficiosamente, a la Superintendencia o a la misma sociedad, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 31 y 59 de la Ley 52 de 1977.

"El artículo 59 establece, en su parte final, que el funcionario a quien corresponda decidir el recurso de reconsideración *'podrá'* estimar nuevas pruebas u ordenarlas de oficio.

"Es claro que el vocablo *'podrá'* indica la existencia de una facultad discrecional; por lo tanto, si al momento de fallar el funcionario del conocimiento observa que el contribuyente sobre todo cuando, como en este caso, se ha seguido el debido proceso, y se le ha brindado al interesado las oportunidades y garantías que consagra la ley.

"En conclusión, la Administración no violó el artículo 59 de la Ley 52 de 1977.

"El artículo 31 *ibídem* dice que los 'funcionarios públicos, con atribuciones y deberes que cumplir en relación con la liquidación y recaudo de los impuestos nacionales, deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades que son servidores públicos, que la aplicación recta de las leyes y decretos deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que el Estado no aspira que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a los cargos públicos de la Nación.

"Todas las consideraciones que se expresaron anteriormente, en relación en los demás planteamientos de la demanda, demuestran claramente que las autoridades de impuestos, al determinar, primero la renta por el sistema de comparación de patrimonios y, luego, mantener esa decisión, no hicieron más que aplicar rectamente la ley.

"Acerca de las pruebas que el señor apoderado no aportó en la vía gubernativa, pero sí ante la jurisdicción Contencioso Administrativo, surge el interrogante de si deben o no tenerse en cuenta.

"Si se tiene en cuenta, y se llegara a concluir que aquellas desvirtúan, total o parcialmente, la diferencia patrimonial ¿se podrá acceder a las pretensiones de la demanda?

"La Fiscalía considera que no, porque, para acceder a las peticiones de la demanda, sería necesario que previamente se anularan los actos impugnados y éstos sólo pueden anularse si son contrarios a las normas legales que señala la demanda; y ya se vio que tales actos se ciñeron, en primer lugar, a las disposiciones del artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 y, en segundo término, a las de los artículos 31 y 59 de la Ley 52 de 1977.

"La nulidad de los actos administrativos procede cuando éstos infrinjan las normas a los que debían estar sujetos, o cuando hayan sido expedidos por funcionarios a organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación a las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profiera.

"Como ya se anotó, ninguna de estas circunstancias se observa en los actos que impugna la demanda.

"De acuerdo con lo expuesto, no es posible (sic) acceder a las pretensiones de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

Antes de examinar cada uno de los puntos expuestos por la actora, es necesario analizar algunos de carácter general por haber sido expuestos unos por el fiscal y otros por el apoderado del Ministerio de Hacienda y con relación a los cuales la Sala no se aparta totalmente de sus criterios.

Aspectos generales:

La acción contenciosa de impuestos.

Si bien es cierto que la demanda se interpuso al entrar en vigencia el nuevo Código Administrativo, contenido en el Decreto 01 de 1984, y que el señor apoderado planteó sus peticiones en la nulidad de los actos acusados y en el restablecimiento del derecho en el sentido de declarar a su representada sin impuesto alguno a su cargo, no lo es menos que por las alegaciones incorporadas, los alegatos y el apoyo en el Título XXIV del Decreto 01 de 1984, debe interpretarse su demanda en el sentido que el artículo 85 del nuevo estatuto le imprimió al juicio contencioso de impuestos y que reemplazó al especial de revisión que regulaba el Código anterior (Ley 167 de 1941).

En el citado artículo 85 se consagra en términos generales la denominada acción de restablecimiento del derecho que fundamentalmente consiste en pedir además de la anulación del acto administrativo, el restablecimiento del derecho o la repación del daño causado por aquél. Pero además, de manera especial se consagra en el segundo inciso la acción propia relativa a los actos de liquidación de impuestos al expresar que la misma acción tendrá quien además pretenda que se le "modifique" una obligación fiscal. Esto significa que la acción o más técnicamente la pretensión en los procesos contra actos liquidatorios de impuestos, puede ser también la que conduzca a una modificación y no a una anulación de dicho acto, esto es a que mediante una nueva liquidación signifique que aquella es nula en su totalidad.

Esta aclaración sirve para adoptar como criterio el de que cuando no se configure ninguna de las causales que conduce a la anulación completa de la liquidación, es posible modificar algunos de sus aspectos en cuanto se demuestre que fueron tratados en forma contraria a la ley.

Las oportunidades probatorias.

En este tema, ciertamente hay que diferenciar la etapa gubernativa que se rige por legislación especial, de la etapa contenciosa dentro de la cual es necesario distinguir entre la primera y la segunda instancia conforme a la regulación del Decreto 01 de 1984.

Con relación al primer aspecto la Sala ha resaltado el sentido del cumplimiento de requisitos formales en la declaración de renta y la oportunidad de complementarlos o comprobarlos en las etapas subsiguientes con las siguientes consideraciones consignadas en el fallo de 3 de abril de 1987 Expediente número 221. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate.

"La determinación del tributo debe basarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios señalados en las normas tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, según prescribe el artículo 32 de la Ley 52 de 1977. Su idoneidad depende de las exigencias de las leyes tributarias para establecer determinados hechos, o las que regulan el hecho por demostrarse.

"Cuándo deben demostrarse los hechos denunciados por el contribuyente en su declaración tributaria? La presunción de veracidad con que la ley ampara tales informaciones implica que la aceptación de los hechos en ella consignados sólo excepcionalmente está sujeta a su demostración por parte del declarante, puesto que el hecho presumido se tiene por cierto, si bien admite prueba en contrario. (Ley 52 de 1977 artículo 33 Código de Procedimiento Civil, artículo 176 inciso 2º). Conforme al artículo 34 de la citada Ley 52 y (en igual sentido lo dice el artículo 21 del Decreto reglamentario 825 de 1978).

"Los requisitos y pruebas correspondientes deberán cumplirse o presentarse con la declaración o sus adiciones cuando la ley lo exija. Si no existe tal exigencia, con la respuesta a los requerimientos administrativos previstos en la presente ley.

"Del contexto de la Ley 52 de 1977, particularmente en sus capítulos correspondientes a la declaración tributaria y a la determinación, donde se fijan los correlativos deberes, derechos y facultades del contribuyente y la Administración, se infiere que, en cualquier caso, la desestimación de los hechos denunciados que pretenda basarse en la falta de requisitos formales o de demostración de los hechos pretendidos, requiere que previamente las oficinas de impuestos requieran al contribuyente en la oportunidad debida: antes de practicar la liqui-

dación oficial, indicándole concretamente qué requisitos omitió, cuáles hechos debe probar, a fin de que cumpla con unos y otros.

"De lo contrario sería letra muerta las precisas exigencias que impone la ley a la Administración de 'efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos, *facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión* que conduzca a una correcta determinación' y que le ordenan, como requisito de validez de la liquidación, enviarle *antes de practicar la liquidación oficial* por una sola vez, un requerimiento especial que contenga *todos los puntos* que se propone modificar, con explicación de *todas las razones* en que se sustenta, acordes con la orden de que 'La liquidación de revisión deberá contraerse *exclusivamente* a la declaración del contribuyente y a los hechos que hubieran sido contemplados en el requerimiento especial o en su ampliación, si la hubiere' (Ley 52 de 1977, arts. 30, 42, 43 y 46) (destaca la Sala).

"3º No debe olvidarse que el legislador de 1977 sustentó la supresión del recurso de apelación en la posibilidad de dirimir controversias sobre requisitos formales y aún sobre pruebas, en la etapa del requerimiento previo que consagró en el artículo 42".

Y con relación a las pruebas en el proceso contencioso, debe recordarse en primer término, que el artículo 168 al absorber la regulación de esta materia contenida en el Código de Procedimiento Civil en lo tocante a la admisibilidad de medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración amplió en una forma considerable la que contenía la Ley 167 de 1941 y en especial la restricción probatoria que surgía del artículo 278 al estimar solamente aquellas que fueron aducidas en la actuación gubernativa o las que tuvieran por objeto completarlas o mejorarlas. Por el contrario, el artículo 169 del Decreto 01 de 1984, abre la posibilidad inclusive para que el ponente decrete las de oficio que pueda considerar necesarias para el establecimiento de la verdad.

Y, en cuanto a la segunda instancia, cierto es que el artículo 214 restringe la posibilidad a los casos específicamente allí señalados, restricción que esta misma Sala la ha aplicado en forma rigurosa en especial con los procesos iniciados en la vigencia del Nuevo Código.

Las anteriores consideraciones sirven para respaldar la valoración que se hace de las pruebas aportadas durante la primera instancia y la decisión adoptada por el consejero ponente en auto de 18 de septiembre de 1987, inspirado en la regulación del artículo 214 y conforme al cual de los documentos anexos sólo la copia de la Resolución EX-09411 de 23 de noviembre de 1979, puede tenerse como prueba, y que un ejemplar de la misma debidamente autenticada se aportó con la demanda y por lo mismo, tiene el carácter de prueba... Como allí se dice, los restantes documentos no fueron pedidos como prueba en la demanda ni relacionados para que se tuvieran como tales

en la oportunidad procesal, siendo todos de fecha anterior, no pueden tenerse como pruebas, no obstante ser demostrativos del hecho principal que se debatió.

La declaración de renta.

Para la Sala ha sido preocupación constante la interpretación de la Ley 52 de 1977, en los aspectos que conciernen a las facultades de investigación de la Administración (art. 30), la presunción de veracidad de la declaración tributaria (art. 33) y la incidencia del requerimiento especial en el proceso liquidatorio (art. 42) y las oportunidades probatorias subsiguientes con ocasión a la respuesta a dicho requerimiento o durante el recurso de reconsideración.

Aunque todos estos aspectos han sido considerados por la Sala, se recuerda lo dicho en el proceso 1323 en fallo de 9 de diciembre de 1986, que toca con el aspecto de la subsistencia del valor probatorio de la declaración tributaria, no obstante el requerimiento especial.

"Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, *cuando no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija*" dice textualmente el artículo 33 de la Ley 52 de 1977. La parte destacada de la norma ha dado lugar a equívocas interpretaciones. Pero de ella no se desprende, como afirma la Fiscalía que la presunción de veracidad de la declaración deje de operar por el simple hecho de que la Administración requiera una comprobación especial sobre determinado hecho, de manera que ésta quede relevada de demostrar los hechos tendientes a desvirtuar tal presunción. Al efecto puede, en ejercicio de las facultades que le otorga la ley, realizar todas las diligencias que le permiten probar que el declarante incurrió en inexactitud. Por ello se ha considerado que el texto del correspondiente reglamento, está mejor concebido dentro de la técnica procesal tributaria y el espíritu de la Ley 52, cuando dispone que "Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, *siempre y cuando que, sobre tales hechos, las disposiciones legales exijan una comprobación especial*" (art. 22 del Decreto reglamentario 825 de 1978).

Adicionalmente, es preciso recordar que la Sala no ha puesto en duda el valor de las declaraciones de renta de terceros, presentadas oportunamente, pues en esta materia tributaria, constituyen uno de los más valiosos elementos demostrativos de los hechos que se discuten.

Aspectos específicos controvertidos:

1º *Nulidad por práctica extemporánea de la liquidación.*

La Sala comparte integralmente la explicación del señor fiscal sobre la forma de cómputo del término para practicar la liquidación de revisión cuando ha sido necesario requerir previamente al contribuyente. La suspensión de los términos durante el trámite de formulación y respuesta a dicho requerimiento está suficientemente explicada en su concepto ya transcrito y tal explicación está conforme a lo que esta Sala ha sostenido en diversas oportunidades.

Tan sólo vale la pena agregar una consideración con relación a uno de los argumentos del apoderado quien apoyado en el texto del artículo 45 de la Ley 52 de 1977 (que dice: "Recibida la respuesta o vencido el término para responder el requerimiento..."), propuso que por haber renunciado al resto del término, cuando contestó el requerimiento, el cómputo de los días debe hacerse a partir de la fecha de su respuesta y no de la fecha de vencimiento de los tres (3) meses como lo hizo y sostuvo la Administración.

Esta última solución tiene su respaldo en la norma contenida en el artículo 32 del Decreto 825 de 1978, reglamentario de la Ley 52 y según el cual "vencido el término para responder al requerimiento especial de que trata el artículo 42 de la Ley 52 de 1977, el expediente pasará a otro funcionario de igual o mayor jerarquía, escogido por sorteo, a fin de que se practique la liquidación de revisión o confirme la liquidación privada según el caso".

Esta norma que posteriormente adquirió fuerza legal al ser incorporada en los artículos 3º, literal a) y 14 del Decreto extraordinario 2218 de 1978, implicó que la tal "renuncia al resto del término" hecha con la respuesta quedara sin eficacia, pues claramente vino a establecerse que el reparto del expediente debía hacerse una vez "vencido el término para responder" y no una vez recibida la respuesta.

Por ello no prospera el cargo de nulidad de la liquidación, por tal aspecto.

2º *Nulidad por falta de información del sorteo.*

De manera similar a lo expuesto en el punto anterior la Sala comparte las apreciaciones de su distinguido fiscal cuando repasa y confirma las razones expuestas por la Administración para demostrar que los funcionarios que intervinieron en la práctica de la liquidación sí gozaban de la respectiva competencia sin que fuera necesario citar al contribuyente a presenciar el sorteo de que trataba la ley.

Como bien se dijo allí, tales hechos no están contemplados como causales de nulidad en el listado del artículo 57 de la Ley 52 de 1977.

Pero, además, los trámites administrativos internos se ciñeron a lo dispuesto en los Decretos extraordinarios 2218 de 1978 y 2562 de 1979, sin que se haya demostrado lo contrario.

3º *Ilegal mantenimiento del sistema de determinación de la renta por comparación de patrimonios.*

No obstante referirse a la demostración de la suscripción de acciones con pago de prima en el año de 1979, los documentos aportados por el señor apoderado en la segunda instancia, no serán considerados como prueba con arreglo al artículo 214 del Decreto 01 de 1984 y a lo dispuesto por auto de 18 de septiembre de 1987.

Conforme a la citada providencia se exceptúa de tal decisión la copia de la Resolución EX-09411 de noviembre 23 de 1979, expedida por la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

Para la oficina liquidadora no fueron aceptables las explicaciones del aumento patrimonial planteado el requerimiento especial, por dos motivos principales: por encontrar "disparidad en la forma que la sociedad trata de demostrar el aumento patrimonial" y porque no probó "tener autorización de la Superintendencia de Sociedades para colocar acciones artículo 390 Código de Comercio".

Fue apenas aparente la disparidad observada por el funcionario liquidador (ver memorando explicativo), porque en su respuesta la sociedad expuso un aumento de capital por colocación de 3.102.786 acciones a $ 65.20 las cuales dan un total de $ 202.301.647, mientras que en el anexo 14 se mostró por este concepto de prima en colocación de acciones $ 171.273.287.

Sin embargo, tanto en la relación a nivel gubernativo como en la demanda, dicho aumento fue ampliamente explicado y, es necesario resaltarlo, tuvo armónica explicación en los documentos que formaron parte de la declaración inicial, a saber:

a) En el anexo oficial número 7 contentivo del balance (firmado por contador público y el revisor fiscal) en el capítulo del pasivo, puede observarse la siguiente conformación del "patrimonio de los socios o accionistas" en cuantía de $ 295.576.331:

Capital autorizado	801.000.000	
Capital por suscribir	2.972.140	
Capital suscrito pagado		77.027.860
Superávit de capital (prima de colocación de acciones)		251.273.787
Otras reservas		10.790.635

Utilidades del ejercicio	17.463.738	
Utilidades ejercicios anteriores	(60.979.689)	
Utilidades acumuladas		(43.515.951)
Patrimonio de accionistas		295.576.331

b) La cifra proveniente de prima en colocación de acciones registrada en el superávit de capital, tuvo discriminación en el anexo 30 titulado "Movimiento de reservas", dentro de las cuales consignó el siguiente: "Reserva prima colocación de acciones:

Saldo en diciembre 31 de 1978 por venta de 4.000.000 de acciones a $ 20.00 cada una	80.000.000
Constituida por venta de 3.102.786 acciones a $ 65.20 cada una en el año de 1979	171.273.787
	$ 251.273.787

c) Y esta prima de $ 251.273.787, como constituida en el año gravable de 1979, fue la que jugó en la explicación al aumento patrimonial consignada en el anexo 14 de la declaración, así:

Saldo en diciembre 31 de 1979	296.487.419	
Menos utilidad bruta del ejercicio	17.463.739	
Saldo a diciembre 31 de 1978		76.546.279
Más: valorización bienes raíces		175.754
Reserva prima en colocación de acciones		171.273.787
Capital suscrito y pagado		31.027.860
	279.023.680	279.023.680

Las mismas cifras consignadas en la declaración con firmas de contador y revisor fiscal y sus anexos, la diferencia patrimonial observada por la Administración tenía la siguiente justificación:

Diferencia inicial (planteada en el requerimiento especial)		219.941.139
Valorización en bienes raíces (que fue aceptada)	175.754	

Aumento de capital en 1979 por valor nominal: 3.102.786 a $ 10.00 c/u.	31.027.860	
Prima en colocación de las mismas acciones a $ 55.20 c/u.	171.273.787	
Utilidades del año (s/balance y estado de pérdidas y ganancias)	17.463.738	
	$ 219.941.139	219.941.139

Lo anterior despeja el punto relativo a la "disparidad" en las explicaciones que observó inicialmente la Administración, llegándose a concluir que sin documentos adicionales, con la sola declaración inicial estaba numéricamente explicado el aumento patrimonial

Por lo demás, el problema quedaba centrado en la falta de prueba de la autorización por parte de la Superintendencia que objetó el mismo funcionario.

Tal parece, pues así lo corrobora el señor agente del Ministerio Público, que aunque se anunció desde un principio, no fue agregada la copia de la Resolución EX-09411 de la Superintendencia, pero como en definitiva éste es el único documento que se ha decretado como prueba, y es preciso reconocer que constituye la prueba específica que extrañó la oficina liquidadora. En consecuencia, desaparece este motivo alegado por la entidad oficial para no aceptar la explicación del aumento patrimonial con el citado aumento de capital.

Enseña la Resolución EX-09411 expedida por el Superintendente de Sociedades el 23 de noviembre de 1979 (notificada el 27 del mismo mes) en su artículo segundo:

"De conformidad con el artículo 390 del Código de Comercio. Autorizar a la prenombrada sociedad para colocar tres millones ciento dos mil setecientos ochenta y seis (3.102.786) acciones reservadas, al precio de sesenta y cinco pesos con veinte centavos ($ 65.20) moneda corriente, cada una, conforme al reglamento aprobado por la junta directiva el 23 de octubre del año en curso".

Aceptada esta prueba que fue precisamente la que echó de menos el liquidador, queda también despejado que no existió ninguna disparidad con la explicación contenida en el anexo 14 de la declaración cuando dijo la sociedad que el incremento patrimonial tenía justificación en el aumento de capital por colocación de 3.102.786 acciones a $ 65.20 por un total de $ 202.301.647, o sea $ 31.027.860 (como capital a $ 10.00) y $ 171.273.878 (como prima a $ 55.20).

Se acepta pues, el cargo de ilegalidad en el mantenimiento del procedimiento de determinación de la renta por el sistema especial

de comprobación de patrimonios (art. 74 del Decreto 2053 de 1974) por estar comprobados los elementos de su justificación.

Es bueno recordar que el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, al regular esta materia consagra la necesidad de requerir por escrito al contribuyente para que explique y demuestre las causas del aumento "cuando de las informaciones de la declaración no apareciere la explicación completa del aumento patrimonial", o sea, que cuando la explicación surja de los mismos datos declarados no es necesario el requerimiento, aspecto en el cual las oficinas liquidadoras deben aplicar elementales nociones de contabilidad con simple sentido común, pues la norma lo que pide es que "demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificativas".

Y esta demostración no debe confundirse con la plena prueba de los derechos sustanciales a que se ven sometidos los particulares en los procesos ante los jueces civiles, como pareció entenderlo el Tribunal en la sentencia apelada, cuando con Código de Comercio a la mano siguió paso a paso el proceso de aumento de capital y el contrato de suscripción de acciones para desentrañar si en alguno de ellos había alguna falla jurídica o una falta de prueba.

No pueden juzgarse estas situaciones con tal criterio porque no se trata de pleito entre socios o con terceros, sino de encontrar o no justificación al incremento patrimonial que muestre la comparación de dos declaraciones.

4º *Determinación de la renta por el sistema normal.*

Planteó la Administración tributaria en el memorando de la liquidación de revisión que en caso de desvirtuar la comparación del patrimonio, se determinaría la renta en forma normal pero con rechazo de deducciones por $ 44.640.067 o determinando la renta presuntiva en $ 1.579.499.

Las deducciones cuyo rechazo se propuso en la liquidación de revisión fueron las siguientes, según el mismo documento oficial:

"a) Base aporte al SENA artículo 12 Ley 56 de 1973	$	15.598.325
Aportaron según paz y salvos adjuntos		13.049.056
Total a rechazar	$	2.549.269

"Los paz y salvos enviados en respuesta al requerimiento especial son *extemporáneos* artículo 62 Decreto 187 de 1975.

"b) Intereses pagados a ABOCOL S. A., por $ 19.164.326, ya que no comprobaron dichos pagos como se exigía en el numeral 5º del

requerimiento especial y que inicialmente no llenaron requisitos artículo 55 Decreto 187 de 1975.

"c) La partida solicitada como deducción por $ 17.463.739, por no cumplir con lo establecido por el artículo 8º Decreto 2348 de 1974.

"d) Por no acreditar que oportunamente efectuaron la respectiva retención en la fuente sobre los intereses pagados a personas que fueron relacionadas en el punto 6 del requerimiento especial suman $ 2.526.877.

"e) Intereses a Ferrocarriles Nacionales de Colombia por $ 116.488, y Corporación Financiera Colombia S. A., por $ 270.099, por corresponder a otra vigencia fiscal".

A cada una de ellas la actora se refirió en el recurso de reconsideración (en el cual presentó e invocó pruebas) sin que fueran considerados sus argumentos por cuanto, no se entró a examinar ese tema por haber confirmado la renta por comparación de patrimonio. En forma similar el Tribunal tampoco examinó el punto por haber confirmado el sistema de comparación y, por igual razón el señor Fiscal Tercero ante esta Corporación tampoco lo comenta.

Como de nuevo está planteado en el recurso de apelación que resuelve en esta ocasión la Sala y habiéndose desvirtuado la comparación patrimonial se procede a decidirlo previas las siguientes aclaraciones sobre aspectos generales:

a) Los temas a tratar forman parte de las *posibles modificaciones que pueden hacerse a la obligación fiscal conforme al segundo inciso del artículo 85 del Decreto 01 de 1984, dentro de la modalidad especial de la acción de restablecimiento del derecho en materia de impuestos y sin que haya motivo o necesidad de declarar nula la liquidación.*

b) El rechazo de deducciones planteado como alternativa en el requirimiento especial y en la liquidación de revisión, no conduce a la práctica de una liquidación diferente y extemporánea, como lo alega el actor, puesto que se trata de modificaciones a la misma que produjo la Administración, modificaciones posibles a nivel gubernativo con motivo del recurso de reconsideración o a nivel jurisdiccional con ocasión de la acción del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo como sucede en el presente caso.

c) El aspecto probatorio merece tratamiento especial en el sentido de que por no haber sido tratados los temas anteriormente, tampoco fueron valoradas las pruebas aportadas y en algunos casos, es posible, sin que se hubieran practicado las solicitadas, no siendo viable hacerlo en esta etapa procesal del fallo.

El examen de cada una de las deducciones rechazadas, hecho por la Sala, lleva a las siguientes conclusiones: *Salarios.* Rechazo de $ 2.549.269 por no estar amparados en los respectivos aportes al SENA.

Según explicaciones y pruebas presentadas con la respuesta al requerimiento (fl. 266 y siguientes del cuaderno de antecedentes), la cantidad de $ 1.729.727 no estaban sometidos a aporte por tratarse de reintegro de gastos de viaje y viáticos y el saldo de $ 819.482, por salarios pagados en Valledupar y Pereira, cuyos respectivos certificados son válidos. Es aceptable la citada partida.

Intereses. Pagados a ABOCOL S. A., en cuantía de $ 19.164.326 que se probó con la declaración de renta de esta compañía que hizo allegar oportunamente al expediente el actor.

Examinada la prueba invocada por el demandante, se observa que ABOCOL S. A., denunció haber recibido de la demandante la suma de $ 16.000.271 y presentó certificación sobre retención en la fuente practicada a su nombre en cuantía de $ 512.846 (página 9 del listado de cinta magnética fl. 820). La Sala considera aceptable la deducción discutida sólo hasta por esta cifra que tiene respaldo en la prueba invocada y no por la cuantía total de $ 19.164.326 como fue solicitada sin el debido respaldo probatorio. Diferencia no admitida $ 3.164.055.

Pérdidas. Comerciales de años anteriores susceptibles de absorción con rentas del año según el artículo 8º del Decreto 2348 de 1974. Es aceptable por tener respaldo en la respectiva prueba consistente en certificación de la Superintendencia de Sociedades (núm. 225 de junio 9 de 1982), entidad que ejercía vigilancia oficial a la compañía reclamante.

Se aclara sí que esta deducción especial no puede ser mayor que la utilidad comercial del año, porque precisamente esta es la que se destina a absorber pérdidas de años anteriores. Tampoco puede disminuir la renta presuntiva en caso de que haya lugar a determinar ésta, puesto que la citada norma es lo suficientemente clara al advertir que "esta deducción se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto 2247 de 1974" que trata precisamente de la renta presuntiva. Con estas aclaraciones es en principio aceptable la deducción propuesta.

Intereses por $ 2.526.877 pagados sin hacer retención en la fuente. La explicación de tratarse de pérdidas en venta de documentos negociables (cartas de crédito) carece de respaldo probatorio a más de no estar aclarado si esta clase de pérdidas podrían ser deducibles en relación con el objeto social. No se acepta.

Intereses pagados a los Ferrocarriles Nacionales $ 116.488, sin prueba ninguna. En cambio, sobre los pagados a Corporación Financiera Colombiana, obra el respectivo certificado de ésta (anexo núm.

requerimiento especial y que inicialmente no llenaron requisitos artículo 55 Decreto 187 de 1975.

"c) La partida solicitada como deducción por $ 17.463.739, por no cumplir con lo establecido por el artículo 8º Decreto 2348 de 1974.

"d) Por no acreditar que oportunamente efectuaron la respectiva retención en la fuente sobre los intereses pagados a personas que fueron relacionadas en el punto 6 del requerimiento especial suman $ 2.526.877.

"e) Intereses a Ferrocarriles Nacionales de Colombia por $ 116.488, y Corporación Financiera Colombia S. A., por $ 270.099, por corresponder a otra vigencia fiscal".

A cada una de ellas la actora se refirió en el recurso de reconsideración (en el cual presentó e invocó pruebas) sin que fueran considerados sus argumentos por cuanto, no se entró a examinar ese tema por haber confirmado la renta por comparación de patrimonio. En forma similar el Tribunal tampoco examinó el punto por haber confirmado el sistema de comparación y, por igual razón el señor Fiscal Tercero ante esta Corporación tampoco lo comenta.

Como de nuevo está planteado en el recurso de apelación que resuelve en esta ocasión la Sala y habiéndose desvirtuado la comparación patrimonial se procede a decidirlo previas las siguientes aclaraciones sobre aspectos generales:

a) Los temas a tratar forman parte de las *posibles modificaciones que pueden hacerse a la obligación fiscal conforme al segundo inciso del artículo 85 del Decreto 01 de 1984, dentro de la modalidad especial de la acción de restablecimiento del derecho en materia de impuestos y sin que haya motivo o necesidad de declarar nula la liquidación.*

b) El rechazo de deducciones planteado como alternativa en el requirimiento especial y en la liquidación de revisión, no conduce a la práctica de una liquidación diferente y extemporánea, como lo alega el actor, puesto que se trata de modificaciones a la misma que produjo la Administración, modificaciones posibles a nivel gubernativo con motivo del recurso de reconsideración o a nivel jurisdiccional con ocasión de la acción del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo como sucede en el presente caso.

c) El aspecto probatorio merece tratamiento especial en el sentido de que por no haber sido tratados los temas anteriormente, tampoco fueron valoradas las pruebas aportadas y en algunos casos, es posible, sin que se hubieran practicado las solicitadas, no siendo viable hacerlo en esta etapa procesal del fallo.

El examen de cada una de las deducciones rechazadas, hecho por la Sala, lleva a las siguientes conclusiones: *Salarios.* Rechazo de $ 2.549.269 por no estar amparados en los respectivos aportes al SENA.

Según explicaciones y pruebas presentadas con la respuesta al requerimiento (fl. 266 y siguientes del cuaderno de antecedentes), la cantidad de $ 1.729.727 no estaban sometidos a aporte por tratarse de reintegro de gastos de viaje y viáticos y el saldo de $ 819.482, por salarios pagados en Valledupar y Pereira, cuyos respectivos certificados son válidos. Es aceptable la citada partida.

Intereses. Pagados a ABOCOL S. A., en cuantía de $ 19.164.326 que se probó con la declaración de renta de esta compañía que hizo allegar oportunamente al expediente el actor.

Examinada la prueba invocada por el demandante, se observa que ABOCOL S. A., denunció haber recibido de la demandante la suma de $ 16.000.271 y presentó certificación sobre retención en la fuente practicada a su nombre en cuantía de $ 512.846 (página 9 del listado de cinta magnética fl. 820). La Sala considera aceptable la deducción discutida sólo hasta por esta cifra que tiene respaldo en la prueba invocada y no por la cuantía total de $ 19.164.326 como fue solicitada sin el debido respaldo probatorio. Diferencia no admitida $ 3.164.055.

Pérdidas. Comerciales de años anteriores susceptibles de absorción con rentas del año según el artículo 8º del Decreto 2348 de 1974. Es aceptable por tener respaldo en la respectiva prueba consistente en certificación de la Superintendencia de Sociedades (núm. 225 de junio 9 de 1982), entidad que ejercía vigilancia oficial a la compañía reclamante.

Se aclara sí que esta deducción especial no puede ser mayor que la utilidad comercial del año, porque precisamente esta es la que se destina a absorber pérdidas de años anteriores. Tampoco puede disminuir la renta presuntiva en caso de que haya lugar a determinar ésta, puesto que la citada norma es lo suficientemente clara al advertir que "esta deducción se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto 2247 de 1974" que trata precisamente de la renta presuntiva. Con estas aclaraciones es en principio aceptable la deducción propuesta.

Intereses por $ 2.526.877 pagados sin hacer retención en la fuente. La explicación de tratarse de pérdidas en venta de documentos negociables (cartas de crédito) carece de respaldo probatorio a más de no estar aclarado si esta clase de pérdidas podrían ser deducibles en relación con el objeto social. No se acepta.

Intereses pagados a los Ferrocarriles Nacionales $ 116.488, sin prueba ninguna. En cambio, sobre los pagados a Corporación Financiera Colombiana, obra el respectivo certificado de ésta (anexo núm.

9 de la respuesta, fl. 343), por lo que es aceptable la deducción de $ 270.099.

5º *Renta presuntiva.*

La Administración que en su momento gozó de mejores elementos de juicio, calculó la renta presuntiva aceptando parcialmente afectado el patrimonio a hechos constitutivos de fuerza mayor y por ello determinó un pasivo proporcional de $ 56.802.548 y un patrimonio básico sujeto a presunción del 8% de $ 19.743.732, según la siguiente explicación:

$$\frac{73.437.969 \times 163.439.852}{72.546.280} = 56.802.548 \text{ (pasivo prop.)}$$

8% sobre 19.743.732 = 1.579.499

Pretende el señor apoderado que la totalidad de la actividad se considere exonerada por tratarse de venta de artículos sometidos a control de precios (abonos químicos) con la única prueba de sus propios funcionarios (vicepresidentes financieros y de ventas) y del revisor fiscal, pero incompleta y sin el respaldo de la respectiva entidad oficial de control, por lo que no resulta aceptable su planteamiento.

En los términos anteriores, la Sala acoge los planteamientos hechos por el señor consejero Jaime Abella Zárate, al discutir el proyecto presentado por el señor consejero sustanciador y de conformidad con el artículo 23 del reglamento de la Corporación expone la tesis mayoritaria.

Conclusiones:

El resumen de lo anterior conduce a mantener el rechazo de las siguientes deducciones:

Intereses a ABOCOL (parte no comprobada)	$ 3.164.055
Pérdidas en ventas de cartas de crédito (intereses)	2.526.877
Intereses a Ferrocarriles Nacionales	116.488
TOTAL	$ 5.807.420

Con base en los anteriores resultados se modifica la liquidación impugnada y se procede a practicar una nueva y definitiva en los siguientes términos:

Utilidad bruta en ventas	42.460.225

Ingresos de capital		45.884.326
Total rentas de distinto origen		88.344.551
Deducciones planteadas	70.880.812	
Deducciones rechazadas	5.807.420	
Deducciones aceptadas		65.073.392
Renta líquida		23.271.159
Menos utilidad comercial del año aplicada a absorber pérdidas anteriores (art. 8º Decreto 2348 de 1974)		17.463.739
Renta líquida gravable		5.807.420

Se mantiene esta cifra por ser superior a la renta presuntiva de $ 1.679.499.

Liquidación de impuestos		*Impuesto*
Renta líquida gravable 5.807.420 al 40%		2.322.968
Total impuesto a cargo		2.322.968
Como se liquidó inicialmente	$ 87.906.154	
Resulta un menor valor de		85.583.186
	$ 87.906.154	87.906.154

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Revócase la sentencia apelada dictada en este proceso por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de diciembre de 1985.

2º En su lugar, fíjase la suma en la cantidad de dos millones trescientos veintidós mil novecientos sesenta y ocho pesos ($ 2.322.968) el valor del impuesto sobre la renta a cargo de la sociedad Industrias Agrícolas El Carmen S. A. (o Productos Fitosanitarios PROFICOL El Carmen S. A.) con Nit. 60.002.132, por el año gravable de mil novecien-

tos setenta y nueve (1979), conforme a la liquidación practicada en la parte motiva de esta providencia.

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, presidente de la Sala; con salvamento de voto. *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Bogotá, D. E., catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 1119.

Con el respeto debido a la ilustrada mayoría de la Sala, además del proyecto que presenté a su consideración y que fue desechado por ella, preciso sintéticamente mi posición así:

1. Industrias Agrícola El Carmen S. A., hoy "Productos Fitosanitarios PROFICOL El Carmen S. A.", identificada fiscalmente con el Nit. número 60.002.132, presentó el denuncio de rentas por el año gravable de 1979, el 17 de abril de 1980, en la que no aparece que hubiera obtenido renta alguna (ver fl. 22 cuaderno principal).

2. En el requerimiento especial de abril 1º de 1982, le piden a la sociedad explicar y comprobar las causas que dieron origen al aumento patrimonial entre el patrimonio líquido en diciembre 31 de 1978 por $ 76.546.280.00, y el patrimonio líquido en 31 de diciembre de 1979, por $ 303.685.666.00, con una diferencia inicial de $ 227.139.386.00 menos valorizaciones aceptadas por $ 175.754.00, quedando la diferencia definitiva en $ 226.963.632.00, lo anterior es lo fundamental de lo que la Administración se proponía modificar, pues hay otros conceptos.

3. La sociedad contestó el requerimiento anterior número 0395 de abril 1º de 1982 diciendo que la sociedad obtuvo en 1979 una utilidad comercial por $ 17.463.739, con la cual se enjugó la pérdida por ejercicios anteriores por igual valor y que la sociedad aumentó su capital debidamente autorizada colocando 3.102.786 acciones a $ 65.20 cada una para un total de $ 202.301.647.20; que el crédito activo omitido por $ 7.165.372.00 a cargo de Ingenio Río Paila, fue explicado en el punto 1º de su respuesta, lo mismo que la provisión para protección de acciones, explicado en el punto 2º.

4. El 23 de julio de 1982, mediante liquidación oficial número 101841 se determina a cargo de la contribuyente impuesta de renta por comparación patrimonial por valor de $ 87.906.154.00 que corresponde a renta capitalizada por $ 219.765.385.00.

5. La contribuyente interpuso recurso de reconsideración el 14 de septiembre de 1982, en el que anuncia que acompaña fotocopia autenticada de la Resolución EX-09411 de 23 de noviembre de 1979, por la cual la Superintendencia de Sociedades autorizó la suscripción de 3.102.786 acciones al precio de $ 65.20 según lo ordenado por el artículo 390 del Código de Comercio, las cuales fueron pagadas, y determinar aumento por $ 202.301.647, recurso resuelto por las autoridades de impuestos en Resolución número 000365 de 21 de marzo de 1984, confirmando la liquidación de revisión por cuanto la sociedad no comprobó en esa oportunidad "la operación de la colocación de dichas acciones, no aparece el acto o documento de la sociedad, ni la escritura", "tampoco se adjuntó la prueba anunciada por el apoderado".

6. Terminado el proceso administrativo donde no comprobó que el aumento de la renta se debió a suscripción y pago de acciones a 31 de diciembre de 1979, acudió a la jurisdicción en demanda presentada el doce (12) de julio de 1984, en la que tampoco solicitó como prueba los documentos que acreditan la suscripción de acciones que había hecho en diciembre de 1979.

7. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dictó sentencia de 16 de diciembre de 1985, en la que se niegan las peticiones de la demanda por falta de pruebas.

8. En la segunda instancia el apoderado de la sociedad presenta unos documentos con constancia notarial de 11 de marzo de 1986, para que se tuvieran como pruebas (ver fls. 112 a 131), los cuales se negó su admisión como prueba en auto de 18 de septiembre de 1987, que no fue recurrido por el interesado.

9. Lo malo es que con ponencia de la distinguida colega doctora Consuelo Sarria Olcos, también ponente en este proceso, la Sala dijo en el Expediente 1978 en la que es actor Industria Colombiana del Café S. A. "COLCAFE", sin ninguna discrepancia: "Por lo que hace a la prueba documental aportada en la segunda instancia del juicio, se comparten, así mismo, las disertaciones del Ministerio Público y de la parte impugnadora, en el sentido de no ser aquella admisible como medio de convicción. En efecto, la mejora o perfeccionamiento de la prueba que se pretende, sólo es previsible, a reglas del ordinal 1º del artículo 214 del Decreto 01 de 1984, en el evento de que la misma hubiera sido decretada en la primera instancia, mas sin que se practicara en esta, por causas no imputables a culpa de quien la pidió, en cuyo caso, la iniciativa del juez administrativo queda contraída a la práctica de aquella, o al cumplimiento de requisitos para su perfeccionamiento" (sentencia noviembre 27 de 1989).

10. Sin embargo, en este caso se aceptan como prueba documentos que debían estar en poder de la actora desde diciembre de 1979, y que no aportó, porque no los tenía ni en el proceso administrativo

ni al presentar la demanda, sino en la segunda instancia; a mi modo de ver esos documentos son papeles que no tienen ningún valor probatorio. Además, tampoco hay prueba de que la autorización de la Superintendencia de Sociedades para la suscripción de acciones contenida en la Resolución EX-09411 de 23 de noviembre de 1979, se hubieran suscrito y pagado en 31 de diciembre de ese año, porque si así hubiera sucedido desde la etapa administrativa se hubiera probado ese hecho cuya prueba debía tenerla la sociedad. Por ello es extraño que el debate se hubiera centrado en una supuesta nulidad inexistente y sólo en julio de 1986, aparecieran en el sombrero de un traumaturgo.

Adjunto a la presente fotocopia de mi ponencia que fue negada en Sala.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

CONTRIBUCION VALORIZACION

REVISION DE IMPUESTOS

CONTRIBUCION DE VALORIZACION

El costo primeramente proyectado puede sufrir modificaciones y debe reajustarse de tal manera que el mayor valor del bien se compense de manera equitativa con la inversión sin exceder lo establecido en la ley. El impuesto de valorización grava las propiedades y no las personas; es un gravamen real.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diez de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 0076. Actor: Caisar Limitada, contra Departamento del Valle del Cauca. Apelación sentencia de octubre 13 de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de "CAISAR Ltda." contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 13 de octubre de 1983 por la cual denegó las súplicas de la demanda dirigida a obtener la revisión de la operación administrativa de reajuste de la "Contribución de Valorización a cargo de los propietarios de los predios números 1-001-214 y una parte del mismo predio de propiedad de la sociedad CAISAR Ltda., que lo hubo por compra a Sor Joaquina Sardi Garcés ubicados en el Corregimiento de La Viga, jurisdicción del Municipio de Santiago de Cali.

El expediente fue reconstruido mediante auto de 14 de agosto de 1987 por lo que es procedente resolver la apelación interpuesta.

Antecedentes:

El gerente del Establecimiento Público de Valorización Departamental del Valle del Cauca, por medio de la Resolución número 734 de 6 de septiembre de 1978 liquidó y distribuyó a cargo de los predios beneficiados el valor total del reajuste de la contribución de valorización por la *prolongación de la Avenida Cañasgordas* el cual ascendió a la suma total de $ 12.330.014.62 que distribuyó entre los diferentes

propietarios, entre los cuales quedó nuevamente gravado con dicho reajuste el predio 1-001-214 de propiedad de Sor Joaquina Sardi Garcés en la suma de $ 574.520.07. Inicialmente dicho predio había sido gravado con $ 569.516.64 por el mismo concepto y fue posteriormente vendido a CAISAR Ltda., por escritura pública número 7394 de 30 de diciembre de 1977, una parte del mencionado predio que fue gravado según auto 079 de 16 de noviembre de 1978 con la suma de $ 98.497.61.

Las providencias anteriores fueron recurridas en reposición, la que fue negada conforme Resolución número 003 de 15 de enero de 1979. Mediante demanda presentada el 28 de febrero de 1979, las actoras pidieron que se revisara la operación administrativa contenida en los actos mencionados. Invocaron y explicaron el concepto de violación de las siguientes normas: Constitución Nacional, artículos 16, 20, 26, 34, 43, 191 y 196; Decreto-ley 1604 de 1966; Decreto reglamentario 1394 de 1970 y artículo 38 de la Ordenanza 105 de 1969.

En sentencia motivo de apelación el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes razones: 1ª Porque de acuerdo con el artículo 1º del Decreto-ley 1604 de 1966 "el impuesto establecido por el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 como una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local, se extiende a todas las obras de interés público ejecutadas por la Nación, los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios o cualquiera otra entidad de derecho público y que beneficien a la propiedad inmueble en adelante se denominará exclusivamente contribución de valorización".

Igualmente se apoyó en el artículo 3º *ibídem* que faculta a la respetiva entidad nacional, departamental o municipal que ejecute las obras, para distribuir y recaudar la contribución de valorización al mismo tiempo que a invertirlas "en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras de interés público que se proyecten por la entidad correspondiente". De las normas anteriores concluyó la facultad que tienen los departamentos y municipios para establecer, distribuir y recaudar la contribución de valorización por las obras que ejecuten. En otros términos: que las entidades territoriales disponen de autonomía para imponer y reglamentar el gravamen de valorización. Observó que de conformidad con las disposiciones anteriores tampoco el artículo 38 de la Ordenanza 105 de 1969 viola el Decreto número 1604 de 1966 en razón de no haber sido anulada y por tanto susceptible de aplicación conforme lo dispuesto por el artículo 192 de la Constitución Nacional.

En la misma forma apoyó su decisión en el artículo 9º del Decreto 1604 de 1966 que ordena liquidar la contribución de valorización teniendo como base impositiva el costo de la respectiva obra, costo que se puede adicionar con un porcentaje para imprevistos. Agrega

que en los casos de déficit presupuestales, por obras construidas por Valorización Nacional éstos se deben cubrir por dicha entidad, pero cuando se trata de obras adelantadas por Valorización Departamental o Municipal tales costos deben cubrirse totalmente por los dueños de los predios afectados con el gravamen.

El recurso de apelación:

Al sustentar el recurso de apelación (fls. 60 a 66) la actora hace recuento de los hechos de la demanda y agrega (fl. 162) que a la sociedad CAISAR Ltda., se le cobra reajuste de una contribución de valorización por obras decretadas en momento en que no era propietaria del inmueble "y además cuando ya los dueños de tales inmuebles habían pagado las contribuciones que a su cargo se habían decretado inicialmente".

Sostiene que el problema por resolver es de puro derecho y deben analizarse jurídicamente las normas legales tanto las citadas en la demanda como las que resulten pertinentes con el fin de establecer si el Decreto 1604 de 1966 (Estatuto Legal de Valorización) ha atribuido a las entidades de derecho público la facultad de reajustar la contribución de valorización fijada inicialmente a cargo de cada predio. Considera que el artículo 9º del Decreto 1604 de 1966 señala textualmente el procedimiento a seguir para fijar el valor total de la obra decretada, incluyendo todos los gastos que se deben hacer y distribuirse técnicamente entre los predios beneficiados con ella. Al contrario: si la Administración pública puede reajustar y rectificar sus errores de cálculo, se crea incertidumbre tanto para los propietarios como para los futuros adquirientes. Manifiesta que el *a quo* interpretó erróneamente la demanda en el sentido de que aun cuando la Ordenanza 103 de 1969 no ha sido anulada, el Tribunal no podía aplicarla pues de acuerdo con el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal en caso de conflicto entre una Ordenanza y una ley prevalece esta última. Insiste en su escrito que lo relacionado con la contribución de valorización se regula por el Decreto 1604 de 1966 y éste no ha dado libertad a los departamentos para reajustar la contribución mencionada.

Ministerio Público:

En su concepto de fondo hace distinción entre impuesto, contribución y tasa y precisa que en el caso de autos, se trata de una contribución que satisface la ejecución de una obra de interés común que beneficia en forma directa al dueño del bien, por lo cual esa obligación pagada. Concluye expresando que el reajuste en las contribuciones por valorización originadas en la realización de una obra pública surge

como consecuencia jurídica de los mayores costos realizados por efectos de causas que inciden en la necesidad de revalorizar. Sugiere por lo anterior que se confirme el fallo apelado.

Consideraciones de la Sala:

El punto principal de discusión en esta instancia se refiere a si el Decreto-ley 1604 de 1966 (junio 24) ha atribuido a las entidades de derecho público la facultad de reajustar la contribución de valorización fijada inicialmente a cada predio, cuando los cálculos del valor de la obra resulten inferiores a los finalmente ejecutados.

Al respecto el artículo 9º del decreto-ley citado dispone: "Para liquidar la contribución de valorización se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados, entendiéndose por costo todas las inversiones que la obra requiera, adicionadas con un porcentaje prudencial para imprevistos y hasta un treinta por ciento (30%) más destinado a gastos de distribución y recaudación de la contribución".

Esta norma tiene su origen en el artículo 3º de la Ley 52 de 1921 creadora del gravamen de valorización a nivel de impuesto "consistente en una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local... destinada exclusivamente a atender a los gastos que demanden dichas obras".

Entiende la Sala que al decir la norma legal "se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra..." "entendiéndose por costo todas las inversiones que la obra requiera", deben incluirse en dicho costo los estudios, proyectos, el precio de adquisición de los inmuebles de propiedad de los particulares, las correspondientes por expropiación si a ello hubiere lugar, la construcción, la instalación, las interventorías y los gastos financieros. Con lo anterior debe entenderse que el costo no incluye solamente los valores presupuestados al comenzar la obra, sino además, los aumentos por mayores valores de materiales y demás inversiones que se hacen hasta entregarla totalmente concluida. Para la Sala al terminar una obra financiada con fundamento en la contribución de valorización debe actualizarse su valor total, pues el valor inicialmente presupuestado —cálculo inicial— no es el precio definitivo por cuanto los costos futuros de ella no pueden determinarse previamente con exactitud matemática. En otros términos: el costo primeramente proyectado puede sufrir modificación y debe reajustarse de tal manera que el mayor valor del bien se compense de manera equitativa con la inversión sin exceder lo establecido en la ley.

La anterior interpretación indica que el *a quo* obró correctamente al dar aplicación al artículo 38 de la Ordenanza 195 de 1969 dictada por

la Asamblea Departamental del Valle del Cauca pues consideró el establecimiento Público de Valorización Departamental, que el valor definitivo de la obra total era la suma de $ 12.330.014.62.

De otra parte, el artículo 91 del Decreto 1970, reglamentario del Decreto 1604 de 1966 dispone: "Corresponde a las Asambleas Departamentales reglamentar el cobro de la contribución de valorización de las obras de interés público que ejecute el respectivo departamento, de acuerdo con los términos del Decreto legislativo número 1604 de 1966".

Con fundamento en dicha norma, la Asamblea Departamental del Valle del Cauca dictó la Ordenanza número 105 de 1969, la que debe aplicarse, por no estar en contradicción con lo dispuesto por el artículo 9º del Decreto 1604 de 1966 y con el artículo 91 transcrito, y guardar relación armónica con la disposición que regula la manera de determinar la valorizaoción.

Alega el recurrente que el impuesto había sido pagado por los anteriores propietarios y que los nuevos propietarios lo recibieron libre de impuesto de valorización se contesta a este argumento que el impuesto de valorización grava las propiedades y no las personas, es pues, un gravamen real.

No sobra advertir que el artículo 8º del Decreto 1394 de 1970, comprendido en el Capítulo Primero, es aplicable sólo a obras públicas nacionales, que se construyan por el sistema de valorización, por lo cual cuando el presupuesto inicial resultare deficiente, la diferencia debe cubrirla la Nación, y si excediere el presupuesto ejecutado, el sobrante se devolverá a los propietarios gravados en proporción al respectivo gravamen.

Por último, como lo predica el artículo sexto del Decreto 1394 de 1970 "la contribución por valorización podrá liquidarse y exigirse antes de la ejecución de la obra, durante su construcción o una vez terminada", de donde se infiere que el Establecimiento Público de Valorización del Valle del Cauca obró conforme a derecho al reajuste y hacer efectivo el cobro de la valorización ahora demandada.

En razón de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contenciso 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, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL/CONTRIBUCION DE VALORIZACION

Las Asambleas Departamentales pueden autorizar a los departamentos de valorización para establecer y recaudar la contribución de valorización, mas los reajustes indispensables, de modo que el valor total de la contribución sea cancelado proporcionalmente por los propietarios de los predios teniendo en cuenta el beneficio real recibido por razón de las obras y las ventajas económicas aportadas por ellas.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., diez de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente número 0077. Actor: Sucesión de Mario Sardi Garcés. Caysar Ltda., y otros contra Departamento del Valle. Impuestos. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 6 de marzo de 1982, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda contra los actos que determinaron el gravamen de valorización departamental a cargo de la sucesión de Mario Garcés, CAYSAR Ltda., Alejandro Vélez y Cía. y Carmen Elena de Borrero.

Antecedentes:

La junta directiva del Establecimiento Público de Valorización Departamental del Valle del Cauca por medio de la Resolución número 040 bis de 27 de febrero de 1974, ordenó la construcción y pavimentación de la vía *Prolongación Avenida Cañasgordas* en el Municipio de Cali por el sistema de contribución de valorización de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza número 105 de 31 de diciembre de 1969 y el Decreto extraordinario número 1463 de 1973. Por Resolución número 04 de 20 de enero de 1975, la citada junta gravó con la contribución de valorización los siguientes predios: a) de Compañía de Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl -predio número 1-001-25; b) de la Sucesión de Mario Sardi Garcés -Predio número 1-001-218; c)

de Carmen Elena viuda de Borrero -predio número 1-001-231, y, d) de Alejandro Vélez y Cía. S. C. S. -predio número 2-001-049. La cuantía y distribución individual se efectuó antes de iniciada la obra y el pago se realizó dentro de la oportunidad legal. Por causas ajenas a los dueños de los predios, las obras se iniciaron mucho tiempo después de expedida la resolución que aprobó su realización, su valor y la distribución entre los dueños de los bienes beneficiados. Por acta número 345 de 16 le julio de 1978 se avisó al representante de los copropietarios la necesidad del reajuste en la contribución por causa del mayor valor de las obras y el vertiginoso aumento del valor de los materiales (acta 346 de 28 de julio del mismo año).

La Resolución número 0734 de 6 de septiembre de 1978 liquidó y distribuyó a cargo de los predios beneficiados el valor del reajuste entre los cuales se encuentran los de las partes demandante antes mencionadas. Reclamada en reposición la resolución anterior, se decidió mediante Resolución número 903 de 16 de noviembre de 1979, negando las peticiones de los recurrentes.

De conformidad con escrito radicado el 29 de noviembre de 1978 ante la Secretaría del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el apoderado de las partes enumeradas al comienzo de esta providencia, instauró acción de revisión de la operación administrativa contenida en las resoluciones anteriores que reajustaron la contribución de valorización en las cuantías fijadas en la Resolución 734 de anterior mención. Solicitó que se declarara por el Tribunal que las partes ya citadas no estaban obligadas a pagar el reajuste y a que el Establecimiento Público de Valorización del Valle del Cauca reintegrara a los demandantes los valores depositados en tal concepto.

Acusó como normas violadas y explicó el concepto de la violación de las siguientes disposiciones: los artículos 16, 20, 26, 34, 43, 191 y 206 de la Constitución Nacional, el Decreto-ley 1604 de 1966 (Ley 48 de 1968); el Decreto reglamentario número 1394 de 1970 y el artículo 38 de la Ordenanza 105 de 1969 (fls. 12 a 16 del expediente).

El Tribunal en sentencia de 6 de marzo de 1982, denegó las peticiones de la demanda con fundamento en que habiéndose reglamentado lo concerniente a la valorización por medio de la Ordenanza 105 de 1969 y ésta en su artículo 38 autoriza el reajuste en los términos y condiciones en ella expresados, esas disposiciones en manera alguna contravienen el Decreto 1604 de 1966 pues dicho "estatuto no contiene limitación alguna a las autoridades anteriormente comentadas".

En cuanto a la aplicación del artículo 38 acusado como violado, consideró el Tribunal que esta norma sí es aplicable al caso discutido pues "se dirige a regular situaciones en que el presupuesto elaborado no está conforme con el costo definitivo de la obra, es decir, que si éste último no coincide con el inicialmente hecho en cualquier etapa, deben efectuarse los ajustes correspondientes. Lo importante

es que mientras no se determine en forma definitiva el costo total de las obras, todo presupuesto anterior tiene el carácter de provisional y proceden, en consecuencia, las modificaciones necesarias que van a repercutir en cualquiera de los sujetos pasivos de la contribución. Así dice el último inciso del citado artículo..."

Ante esta Corporación y luego de repetir e insistir en las mismas disposiciones que acusó como violadas ante el Tribunal, argumenta, con fundamento en los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional, que las autoridades están constituidas para proteger la vida, honra y bienes de todas las personas; que ni la Asamblea Departamental del Valle del Cauca y menos la junta directiva del Establecimiento Público de Valorización Departamental, pueden decretar *"Reajuste"* en la contribución de valorización la cual haya quedado gravada la propiedad".

Sostiene: 1. que el artículo 38 de la Ordenanza número 105 de 1969 es ilegal, porque cuando dicha ordenanza se dictó, estaba en vigencia el Decreto legislativo número 1604 de 1966 que en ninguno de sus 20 artículos autoriza "que pueda *reajustarse* el gravamen de valorización ya impuesto y distribuido entre los presuntos predios beneficiados con la obra o las obras decretadas". Afirma igualmente (fl. 73) del expediente, que la Asamblea Departamental del Valle del Cauca en la expedición de la Ordenanza 105 de 1969 debió someterse al artículo 191 de la Constitución Nacional que dispone: "Las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les corresponde, podrá establecer contribuciones con las condiciones y *dentro de los límites que fije la ley* (art. 56 del Acto legislativo núm. 3 de 1910).

Agrega que con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Nacional, si un funcionario un juez, encuentra que una norma legal es inconstitucional, no puede aplicarla. Tampoco puede aplicar una norma de carácter departamental si pugna con la ley u otro ordenamiento superior, según lo dispone el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal. Afirma que no existe ninguna disposición de carácter legal que faculte a las Asambleas Departamentales para decretar reajuste a la contribución de valorización, pues el Decreto 1604 de 1966 sólo las dejó en libertad para: a) señalar las obras públicas departamentales que deben ejecutarse por el sistema de valorización (art. 2º); b) para fijar los intereses por mora en el pago de la contribución (inciso 2º, art. 11); y, c) para establecer los recursos que sean pertinentes por la vía gubernativa contra los actos que decreten contribuciones de valorización, señalando el procedimiento para el ejercicio de cada recurso.

Expresa que se ha violado el artículo 34 de la Constitución Nacional pues las Asambleas Departamentales no están facultadas por ninguna disposición legal para decretar reajuste a la contribución de valorización.

Manifiesta que el Decreto 1394 de 1970, al reglamentar el Decreto 1604 de 1966, dispone en el "artículo 8º que en el caso de resultar deficiente el presupuesto elaborado para la construcción de las obras y cuyo valor se haya ya distribuido entre los predios *la diferencia será cubierta por la respectiva entidad*". Concluye que al presentarse la necesidad de reajuste éste no debe caer en cabeza de los beneficiados particulares, pues la disposición indica que dicho reajuste no podrá decretarse (fl. 73 vuelto). Trae en apoyo de su dicho el contenido de los artículos 91 y 92 del Decreto legislativo 1394 de 1970, los que transcribe y afirma que el artículo 91 citado sólo faculta a las Asambleas Departamentales para reglamentar el cobro de la contribución de valorización y en cuanto al artículo 92 *ibídem*, dice que sólo es aplicable a las facultades para "reglamentar y recaudar la contribución de valorización en el Distrito Especial de Bogotá y a los municipios, pero no a los departamentos..."

Sostiene que la legislación especial no es aplicable al Instituto de Valorización Departamental del Valle del Cauca, sino que dicho Instituto debe someterse a lo dispuesto en el Decreto 1463 de 1973 (art. 2º) en el cual se establece que sus actuaciones se sujetarán al Decreto legislativo 1604 de 1966.

Concluye su petición expresando que si se cobra la valorización antes de iniciarse la obra decretada, la administración debe ser técnica para cobrar las cuotas respectivas, cuantificar el valor de la obra y señalar la cuantía correspondiente a los predios beneficiados con el fin de darle certeza a la actuación administrativa, pues de lo contrario surgen errores que acarrean a la Administración consecuencias funestas. Pero si los errores se remedian con contribuciones gravosas a cargo de los contribuyentes se están violando las normas de la equidad y la justicia (fls. 74 a 75).

El Ministerio Público en su concepto de fondo considera que la sentencia apelada debe confirmarse.

Consideraciones de la Sala:

Dentro del término dispuesto en el auto de traslado de la notificación de la solicitud de reconstrucción y en memorial visible a folios 91 y 92 del expediente, la parte impugnadora pide que se deniegue la reconstrucción del proceso por falta de personería y se decrete la deserción del recurso y firmeza de la sentencia apelada.

Conforme a las voces del artículo 2º del Decreto 3825 de 1985, numeral 1º; "dentro de los treinta (30) días siguientes a la reanudación de términos en el Consejo de Estado, *el recurrente* deberá presentar al consejero que conocía últimamente del proceso, solicitud de reconstrucción acompañada de copia auténtica de la sentencia apelada y manifestación bajo juramento que se considera prestado con

la presentación personal del escrito respectivo, sobre el estado en que se encontraba el proceso" (subraya la Sala). Entiende la Corporación que como se hallan acreditados los requisitos exigidos por la disposición transcrita según se desprende del estudio de los folios 1 a 6 vuelto del expediente, no es procedente acceder a la solicitud de la parte impugnadora en el sentido de negar la reconstrucción y declarar la deserción del recurso y consiguiente confirmación de la sentencia apelada por las razones esgrimidas por el apoderado del Establecimiento Público de Valorización Departamental del Valle del Cauca (fl. 91).

La Sala estudiará los puntos de la apelación tal como fueron expuestos, así:

1º *Falta de competencia por ilegalidad del artículo 38 de la Ordenanza número 105 de 1969 y violación e inaplicabilidad de dicha ordenanza por violación del artículo 191 de la Constitución Nacional. Además violación del artículo 9º del Decreto legislativo número 1604 de 1966.*

El artículo 9º del Decreto legislativo número 1604 de 1966, dice:

"Para liquidar la contribución de valorización se tendrá como base impositiva el costo de la respectiva obra, *dentro de los límites del beneficio que ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados, entendiéndose por costo todas las inversiones que ella requiere,* adicionados con un porcentaje prudencial para imprevistos y hasta un treinta por ciento (30%) más destinado a gastos de distribución y recaudación de las contribuciones". Por su parte, el artículo 38 de la Ordenanza número 105 de 1969, dispone: "En todos los casos de distribución y liquidación de la contribución de valorización antes de la terminación de los trabajos respectivos, o en el curso de la ejecución de éstos, *se considerará que el presupuesto empleado para liquidar e individualizar la contribución es provisional.* Por lo tanto, una vez terminada la obra, o el sector de la misma que se haya liquidado y/o distribuido mediante acto de la junta, *se hará la liquidación de los trabajos, a fin de establecer el costo definitivo de la obra u obras"* (lo subrayado es de la Sala).

"Si el presupuesto resultare deficiente, habrá lugar a distribuir ajustes de la contribución entre los propietarios beneficiados en la misma proporción del gravamen primitivamente asignado. Pero si hubiere superávit en el presupuesto, la diferencia a favor de los propietarios se devolverá a éstos igualmente en proporción a sus cuotas".

Con respecto al concepto alegado por la actora con el fin de que se modifique la sentencia apelada, la Sala acoge en un todo lo dicho por el Fiscal Tercero de la Corporación en su concepto de fondo en el que afirma con respecto al artículo 9º del Decreto legislativo número 1604 de 1966: "El señor apoderado expresa que la sola redacción de esta disposición indica que al cuantificarse el costo de una obra

que va a hacer (sic) realizada por el sistema de Valorización, y cuya distribución individual se verifica antes de la realización de ella, debe hacerse en una forma completa y técnica, sin que después pueda alegarse desajuste alguno en esa cuantificación por causa de mayor valor de los materiales o desvalorización de la moneda, ni por ningún otro motivo, pues en tal cuantificación la ley autoriza para que al valor señalado se le sume el porcentaje de *imprevistos* y la cantidad necesaria para los demás gastos de administración, distribución y recaudación de las contribuciones".

"El señor apoderado realmente quiere significar que el artículo 9º del Decreto 1604 de 1966 establece una prohibición: que se reajusten las contribuciones de valorización inicialmente fijadas por los respectivos actos administrativos; pero esa prohibición no aparece, ni expresa ni tácitamente, en la norma comentada. Es más, este precepto indica todo lo contrario, puesto que si la base impositiva es el costo de la respectiva obra, y si este costo está constituido por *'todas las inversiones que la obra requiera,* adicionadas con un porcentaje prudencial para imprevistos y hasta un treinta por ciento (30%) más, destinado a gastos de distribución y recaudación de las contribuciones', es lógico que si, para la valorización o culminación de la obra, surge la necesidad de nuevas inversiones, la base impositiva debe sufrir reajustes".

Con relación al artículo 38 de la Ordenanza 105 de 1969 la Sala considera que no existe la falta de competencia por ilegalidad de la disposición transcrita por cuanto ella establece el carácter provisional que tienen la liquidación y distribución inicial de la contribución de valorización mientras las obras ejecutadas por dicho sistema no se hayan terminado. De ahí la autorización para reliquidar el costo señalado, una vez concluidas las obras. Considera el actor que el procedimiento es ilegal y que debe aplicarlo el fallador, pues el Decreto legislativo 1604 de 1966 no prevé tal posibilidad, a lo cual se suma lo dispuesto en el artículo 191 de la Constitución Nacional que sólo autoriza a las Asambleas para establecer contribución para cubrir los gastos de la administración dentro de los límites que fije la ley.

La Sala observa que el legislador extraordinario en el Decreto 1604 de 1966, autorizó a los departamentos y municipios para adelantar obras por el sistema de valorización, conforme a la previsión constitucional.

Los costos incluyen todas las inversiones requeridas por las obras, adicionadas con un treinta por ciento (30%) para gastos de distribución y recaudación de los aportes por la contribución conforme lo dispone el artículo 9º del Decreto-ley 1604 de 1966 (fl. 71 del expediente).

Lo anterior no implica que los beneficiados con las obras no deban cancelar los valores realmente causados, y si fueren o resultaren superiores deben pagarlos, por cuanto los propietarios han nombrado

su representante para efectuar los contratos del caso y vigilar la realidad y seriedad de los costos. La Ley 25 de 1921 (art. 21) enseña que el costo total de las obras está formado por el capital invertido en el estudio y construcción, más los intereses del mismo capital y lo pagado por gastos de administración. Sumados todos los conceptos anteriores, ese total se reparte entre el número de beneficiados con la obra en proporción al beneficio recibido por cada uno. Este valor sólo podrá obtenerse cuando la totalidad de los trabajos se hayan concluido.

Se infiere de lo anterior que las Asambleas Departamentales pueden autorizar a los departamentos de valorización para establecer y recaudar la contribución de valorización, más los reajustes indispensables, de modo que el valor total de la contribución sea cancelado proporcionalmente por los propietarios de los predios teniendo en cuenta el beneficio real recibido por razón de las obras y las ventajas económicas aportadas por ellas. No se da por tanto la ilegalidad e inconstitucionalidad del artículo 38 de la Ordenanza 105 de 1969 dictada por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, lo que determina que no sean revisibles los actos impugnados por la parte actora.

2. *La confiscación de los bienes sometidos a la contribución como consecuencia del reajuste:*

A folio 69 vuelto del expediente la actora incluye un cuadro en el cual muestra el reajuste en los predios materia de valorización así: para el inmueble número 1-001-215 de $ 105.481.01 a $ 110.387.56 diferencia $ 4.906.55; predio número 1-001-218 de $ 306.425.34 a $ 275.801.07 disminución de $ 30.624.27; predio 1-001-231 de $ 1.079.524.30 a $ 1.132.788.76, aumento a $ 53.264.46 y para el inmueble número 2-001.049 de $ 556.137.44 a $ 589.118.57 incremento ded $ 52.981.13 para un total por reajuste de $ 60.527.87.

La Sala considera que este cargo no puede prosperar, por cuanto en el expediente no obran pruebas con las que se demuestre un valor real igual o inferior de los bienes objeto del reajuste de la contribución de valorización. Al contrario, observa la Sala que la compensación con la apertura de la avenida supera en mucho el valor del reajuste. Como consecuencia, no prospera el cargo.

3. *Deficiencia en el presupuesto elaborado para la construcción y consiguiente cancelación de la diferencia por la entidad respectiva.*

La argumentación de la parte actora en el sentido de que las Asambleas no podían otorgar facultades, ni las tenían para reajustar el valor de la contribución de valorización, porque el artículo 9º del Decreto 1392 de 1970 sólo las autoriza para reglamentar el cobro de

aquellas, no está en consonancia con la naturaleza y alcance de tal tributo ni se deduce del texto del artículo 92, el cual al decir que las facultades dadas a las asambleas se ejercían de acuerdo con los términos del Decreto-ley 1604 de 1966 implica que: "el establecimiento, la distribución y el recaudo de valorización se hacían por la respectiva entidad departamental o municipal que ejecute las obras, y el ingreso se invertirá en la construcción de las mismas, en la ejecución de otras de interés público que se proyecten por la entidad correspondiente" (art. 2º).

En fin, la argumentación sobre el alcance del artículo 92 del Decreto reglamentario número 1394 de 1970 en cuanto que sus disposiciones limitan las facultades de los departamentos en esta materia no puede ser admitida, pues un decreto reglamentario no podría limitar las autorizaciones dadas por el Decreto-ley 1604 de 1966 a los tales entes, pues ellos tienen en esta materia las limitaciones derivadas de los preceptos de la Constitución y de la ley.

Por otra parte, el citado artículo 92 se refiere a que sus disposiciones no limitan las facultades que en materia de contribución de valorización se hayan otorgado al Distrito Especial, a los municipios y a los establecimientos públicos que por ley especial están autorizados para cobrar esta contribución. Inferir de ello la conclusión a que llega la actora no se compadece con la lógica.

El Decreto 1394 de 1970 al establecer que el mayor valor de las obras debe ser cubierto por la entidad administrativa ejecutora de las mismas, no puede ser invocado pues tal disposición se refiere a obras públicas ejecutadas por la Nación y entidades autorizadas no es aplicable a las obras ejecutadas por el sistema de valorización por los departamentos, los municipios y el Distrito Especial de Bogotá.

En efecto, el artículo 8º del Decreto reglamentario 1394 de 1970 comprendido en el Capítulo Primero que trata de la "Constitución Nacional de Valorización obras que la causan". Sujeto pasivo de la obligación tributaria bases y condiciones de la imposición; dice: "En los casos en que la contribución de valorización para la construcción de una obra se hubieren distribuido con base en el presupuesto de la misma, fijado por la entidad ejecutora de la obra y si este resultare deficiente, *la diferencia será cubierta por dicha entidad*" (subraya de la Sala).

"Si por el contrario, al terminar la ejecución, sobrare de lo presupuestado, el sobrante se rechazará y devolverá a los propietarios gravados, en proporción al respectivo gravamen, devolución que se hará dentro del plazo de tres meses, después de la liquidación de la obra. *A partir del vencimiento de este plazo el Fondo Rotatorio Nacional de Valorización* reconocerá intereses del uno por ciento (1%) mensual por la mora en la devolución de las correspondientes sumas" (lo subrayado es de la Sala).

De conformidad con lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Carmelo Martínez Conn, presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TITULO VIII

JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

ESTABLECIMIENTO PUBLICO - Inejecutabilidad / C. V. C.

Dada la naturaleza de establecimiento público del orden nacional, no podía la Corporación Autónoma Regional del Cauca —C. V. C.— ser ejecutada como lo fue por el tesorero municipal.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., catorce de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2467. Actor: Tesorería Municipal de Calima-El Darién (Valle) contra Corporación Autónoma Regional del Cauca. Jurisdicción coactiva. Auto.

La Sala procede a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la Corporación Autónoma Regional del Cauca —C. V. C.—, contra el auto de mandamiento de pago de 24 de enero de 1989, dictado por el tesorero del Municipio de Calima-El Darién (Valle) en cuantía de $ 125.753.201 más recargo del 1% mensual en razón del impuesto compensatorio del predial de que trata la Ley 56 de 1981 y su Decreto reglamentario 2024 de 1982 en su condición de propietaria de inmuebles destinados a la central hidroeléctrica ubicada en dicho municipio.

Fundó su competencia el señor tesorero en el acto administrativo (oficio 121) emanado de la Alcaldía Municipal por medio del cual "le otorgó la facultad de ejecución coactiva, para el cobro de las obligaciones de los particulares".

Una vez notificado el auto, la Corporación interpuso oportunamente recurso de apelación y planteó excepciones que han sido sustentadas por sus apoderados reconocidos en el proceso.

El fundamento de la apelación se centró en que la C. V. C., es un establecimiento público del orden nacional, la cual goza de los privilegios de la Nación según el artículo 43 del Decreto 3130 de 1968 y en consecuencia, no puede ser objeto de ejecución conforme al artículo

336 del C. P. C. Arguye además, que según oficio número 0121 del señor alcalde en el cual el tesorero finca su competencia, se contrae al cobro coactivo de las obligaciones de los particulares y no siéndolo la C. V. C., no es competente el señor tesorero y finalmente, que hay error en la denominación porque el auto está dirigido contra la "Corporación Autónoma Regional Cauca (C. V. C.)". Sobre estas bases se pide se revoque el auto en todas sus partes.

Se considera:

El punto central de la controversia fue objeto de atención de la Sala en los procesos con radicación números 1576 y 1598 resueltos el 26 de octubre de 1987, relativos a ejecuciones adelantadas contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM. En uno de ellos se expresó:

> "Según el artículo 336 del C. P. C. , 'La Nación no puede ser ejecutada...'. En consecuencia el establecimiento público tampoco puede ser ejecutado en principio, salvo las excepciones legales que autorizan ejecutar a la Nación (art. 177 del C. C. A., 100 del C. del P. L.). Si el establecimiento público 'TELECOM' no puede ser ejecutado síguese que no hay jurisdicción que con ocasión de cobros por deudas a su cargo pueda ejecerse contra él.
>
> "Obvia consecuencia de lo anterior es que el proceso ejecutivo contra TELECOM se ha adelantado con falta de jurisdicción, hecho generador de nulidad de nulidad insubsanable y que debe derivarse de oficio por el juez (art. 152 y ss. C. P. C.)".

Para la Sala es claro que este mismo criterio es aplicable en esta ocasión dada la naturaleza de la entidad ejecutada que, según se ha acreditado con copia autenticada de los estatutos aprobados por los Decretos 737 de 1971 y 2654 de diciembre 23 de 1988 del Gobierno Nacional, está concebida así:

> "*Artículo 1º. Naturaleza.* La Corporación Autónoma Regional del Cauca es un establecimiento público, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Departamento Nacional de Planeación, que se organiza conforme a lo establecido en la Ley 25 de 1959, los Decretos-ley 3110 de 1954, 1707 de 1960, 1050, 2420, 3120 y 3130 de 1968, 077 de 1987 y a sus Estatutos. Es una entidad apolítica".

Sin necesidad de entrar a analizar otros factores es suficiente lo anterior para convenir con los apelantes en que dada la naturaleza de establecimiento público del orden nacional, no podía la C. V. C., ser ejecutada como lo fue por el tesorero del Municipio del Darién.

Además, teóricamente no falta razón en la objeción de la competencia delegada por el alcalde de ser cierta la limitación al cobro de las obligaciones "de los particulares", asunto que no puede ampliarse a falta del texto del oficio número 0121 citado en el mandamiento de pago.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Revócase en su integridad el auto de mandamiento de pago objeto de apelación.

Levántense las medidas cautelares si las hubiere.

En firme esta providencia vuelva a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y 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.

TITULO EJECUTIVO/EXCEPCIONES

La excepción propuesta, por estar referida a cuestiones que se relacionan con la legalidad del título ejecutivo (inexistencia de la obligación), que es un acto administrativo, debe declararse infundada pues tales cuestiones no pueden ser objeto de apreciación en esta oportunidad procesal ni en esta vía.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente número 2149. Actor: La Nación contra Cabarría & Compañía S. C. A. Jurisdicción coactiva. Excepciones propuestas por la parte ejecutada. Fallo.

Atiende la Sala la decisión del incidente de excepciones propuesto por Cabarría & Cía. S. C. A., contra el auto de mandamiento ejecutivo que profirió el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales el día 20 de enero de 1988 y que tuvo como título ejecutivo la Resolución número 308 de julio 27 de 1987 expedida por la Administración de la Aduana Nacional de Antioquia, por medio de la cual se determinó cobrar al ahora ejecutado, cuenta adicional de derechos arancelarios y aduaneros dejados de percibir en la liquidación de importaciones efectuadas por la mentada empresa.

Las excepciones propuestas:

La incidentante, en memorial que obra a folio 26 del expediente propone como única excepción la de "inexistencia de la obligación" y para fundamentarla afirma que:

> "1º Ese despacho ha librado mandamiento ejecutivo de pago con base en la Resolución número 308 de fecha julio 27 de 1987 emanada de la Administración de la Aduana de Cartagena.
>
> "2º En el inciso 4º de la parte considerativa de la resolución mencionada se manifiesta, que de acuerdo con el aforador hay lugar a cuenta adicional.

"3º Así mismo en el inciso 5º se dice que la sección de liquidación elaboró la cuenta adicional número 018 de marzo 11 de 1987, por valor de $ 976.704.00 y en el mismo acto administrativo se ordena notificar dicha cuenta a la sociedad Cabarría & Cía. S. C. A.

"4º De acuerdo con lo establecido en el artículo 325 del Decreto 2666 de 1984 se debe formular la cuenta adicional, y quien debe formularla y proceder a notificar su valor al declarante siguiendo las previsiones del Código Contencioso Administrativo es el administrador, es decir, que sólo tal funcionario debe hacerlo, y no una oficina de liquidación, de lo planteado en los numerales anteriores se deduce, que no se siguió el trámite previsto en el Decreto 2666 de 1984.

"5º Es así que el título ejecutivo nació imperfecto a la vida jurídica y por lo tanto no puede generar ninguna obligación a mi cliente, en razón a que no se siguió el trámite legal correspondiente y más aún no fue creado dicho título por el competente, es decir, por el administrador de la Aduana de Cartagena.

"6º Al no provenir el título de quien debía crearlo, éste carece de toda fuerza o eficacia ejecutiva, por lo tanto no podía librarse mandamiento de pago en contra de mi cliente" (fls. 26 y 27).

Durante la etapa de alegatos, la incidentante corrobora las anteriores fundamentaciones de la excepción propuesta y adicionalmente expresó que la resolución que sirvió de base al Juzgado de Ejecuciones no presta mérito ejecutivo por haberse proferido violando lo preceptuado en el Decreto 2666 de 1984 y por ende por funcionario incompetente.

Consideraciones para resolver:

La lectura de los fundamentos de la única excepción propuesta, que se denominó como "inexistencia de la obligación", lleva a la Sala, a apreciar que existe en la memorialista un desenfoque y una inadecuada utilización de sus instrumentos defensivos en contra del cobro coactivo que se le hace. En efecto, sus alegaciones, están dirigidas a desvirtuar la legalidad de la resolución que sirve de título ejecutivo, tratando de demostrar que ella fue expedida por funcionario incompetente y siguiendo un procedimiento administrativo irregular.

De conformidad con las normas que regulan el incidente de excepciones y particularmente con lo dispuesto por los artículos 509 y 561 del C. P. C., dichas alegaciones, en primer lugar, no constituyen excepciones de las que podrían ser propuestas según el primero de los ar-

tículos citados y en cambio sí, en segundo lugar, corresponden a cuestiones de las que debieron alegarse en la vía gubernativa.

En síntesis, la excepción propuesta, por estar referida a cuestiones que se relacionan con la legalidad del título ejecutivo, que es un acto administrativo, debe declararse infundada pues tales cuestiones no pueden ser objeto de apreciación en esta oportunidad procesal ni en esta vía, pues debieron serlo ante la propia administración, mediante el ejercicio de los recursos gubernativos, o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo pero siguiendo el contencioso de legalidad.

No es fundada pues, ni procedente la excepción formulada en el presente incidente.

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:

No prospera la excepción propuesta por Cabarría & Cía. S. C. A., contra el auto de mandamiento ejecutivo proferido el 20 de enero de 1988 por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Continúe la ejecución.

Costas a cargo de la excepcionante, las que se liquidarán conjuntamente con el crédito.

Cópiese, notifíquese ,comuníquese, devuélvase el expediente a la oficina 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; ausente. *Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ICEL-Recursos/CREDITOS-Titularidad

Tratándose de un crédito a favor del ICEL, es obvio que en razón de no haberse logrado el pago voluntariamente sino mediante la presión del proceso ejecutivo, ni el crédito cambió su destino y su carácter de recurso propio del instituto, ni éste perdió el derecho a manejarlo en su propio presupuesto.

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

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2413. Actor: La Nación contra Seguros del Estado S. A. (Morales y de la Cruz Ltda.). Jurisdicción coactiva. Auto. El juez no puede modificar la titularidad de los créditos que cobra. Los créditos a favor del I.C.E.L., como instituto descentralizado cobrado por vía coactiva confirma perteneciéndole y no de los ingresos a las cuentas de la Tesorería General de la Nación.

Se resuelve la apelación interpuesta por el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, contra el auto de fecha 10 de junio de 1988 que negó a la parte actora la entrega de las sumas pagadas por la Compañías de Seguros del Estado S. A., para satisfacer la obligación perseguida en el proceso ejecutivo que se adelantó contra ella como garante de la agencia de aduanas Morales R. de la Cruz Ltda. Dicho próceso terminó según auto de agosto de 27 de 1987 en razón del pago hecho por la aseguradora.

Los dineros fueron depositados a favor de la Tesorería General de la Nación, con abono a la cuenta de Ingresos Corrientes.

El apoderado del ICEL alega que siendo el Instituto un establecimiento descentralizado, con personería y patrimonio propio, constituido según las previsiones del artículo 5º del Decreto-ley 1050 de 1968 y del artículo 22 del Decreto 381 de 1985, tiene derecho a recibir las sumas que pagó la aseguradora para cumplir el mandamiento de pago proferido en su favor.

Sostiene el juez de la ejecución que su competencia se limita a "cobrar todo crédito a favor del Tesoro Nacional, con excepción de

las que efectúa la Dirección General de Impuestos Nacionales" y que, como el presupuesto nacional se rige por los principios de universalidad y unidad de caja, los dineros recaudados a través de la jurisdicción coactiva deben ser depositados en la Tesorería General de la República con el fin de que integren el fondo común destinado al pago de los gastos contemplados en la ley de apropiaciones. En apoyo de esta tesis cita los artículos 7º y 93 del Decreto extraordinario 294 de 1973 y 7º del Decreto 757 de 1984.

Consideraciones de la Sección:

La entidad demandante, el ICEL, es un Instituto descentralizado, con personería y patrimonio propio e independiente del de la Nación, aspecto que no se discute. Dentro de un régimen de descentralización por servicios, las entidades descentralizadas actúan en nuestro ordenamiento administrativo y presupuestal, con independencia patrimonial y autonomía financiera. Los bienes y recursos que les corresponden, no integran el presupuesto de ingresos y gastos de la Nación, sino que se destinan a la financiación del servicio para el cual fueron creados.

El objeto del proceso ejecutivo en el presente caso no fue otro que el de hacer efectivas las garantías otorgadas por la Compañía de Seguros del Estado a favor del establecimiento público, entidad titular del crédito, a quien debe entregar el juez lo pagado por la deudora.

No se trata, como erróneamente sostiene el *a quo*, de un ingreso que forme parte del presupuesto nacional. Una de las consecuencias de la autonomía administrativa de los entes descentralizados radica precisamente en el manejo autónomo de sus recursos que ellos están obligados a incorporar en su propio presupuesto y a ejecutar en forma independiente del presupuesto de la Nación.

Tratándose, como en efecto se trató en el proceso ejecutivo concluido, del pago de un crédito a cargo de la compañía aseguradora ejecutada y a favor del Instituto demandante, es obvio que en razón de no haberse logrado el pago voluntariamente sino mediante la presión del proceso ejecutivo, ni el crédito cambió su destino y su carácter de recurso propio del Instituto, ni éste perdió el derecho a manejarlo en su propio presupuesto.

La investidura de la jurisdicción coactiva atribuida por la ley a los jueces de ejecuciones fiscales fundamentalmente los habilita para cobrar los créditos mas no para modificar su titularidad entre las distintas entidades públicas.

Como en el caso que se resuelve el depósito se efectuó por la deudora, en la cuenta de la Tesorería General de la Nación, esta entidad debe proceder a reintegrarlo al ICEL, a través del juzgado que adelantó la ejecución.

En razón de lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Resuelve:

1º Revócase el auto apelado. En su lugar, el juez ordenará a la Tesorería General de la Nación reintegrar la suma depositada (según recibo número 128228 de 25 de agosto de 1987) y entregarla al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica ICEL.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Carmelo Martínez Conn, presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos,* ausente.

Judith López Díaz, Secretaria (E).

SUPERINTENDENCIA BANCARIA/TOMA DE POSESION DE BIENES/EMBARGO-Improcedencia

No puede embargarse ninguna propiedad después de que el superintendente haya tomado posesión de los bienes del contraventor.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2334. Actor: Municipio de Villavicencio contra Reina Melo Santos y otros. Jurisdicción coactiva.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado especial del delegado del Instituto de Crédito Territorial, en su calidad de administrador de las urbanizaciones intervenidas por la Superintendencia Bancaria, contra el auto de fecha 7 de junio de 1985, dictado dentro del proceso de la referencia por el Juzgado Municipal de Ejecuciones Fiscales de Villavicencio.

Antecedentes:

Dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva adelantado contra el señor Reina Melo Santos y otros, el Juzgado Municipal de Ejecuciones Fiscales, mediante auto de fecha 23 de noviembre de 1983, decretó el embargo del predio denominado "El Catatumbo", Urbanización La Floresta, Bochica, del perímetro urbano de Villavicencio.

Por auto de fecha 29 de abril de 1985, el juzgado en mención ordenó el secuestro del predio antes relacionado, señalándose el día 25 del mismo mes y año, para llevar a cabo la diligencia.

Mediante oficio número 0287 de 10 de mayo de 1985, se comunicó al superintendente bancario —Seccional del Meta— la medida cautelar decretada por el juzgado encargado de llevar adelante la ejecución.

Con oficio de 30 de mayo de 1985, el agente especial de la Superintendencia Bancaria, solicitó el levantamiento de la medida cautelar

tomada en el proceso ejecutivo de jurisdicción coactiva, con fundamento en la Ley 45 de 1923 y la Ley 66 de 1968, por haberse ordenado por dicha entidad, la toma y posesión de los negocios, bienes y haberes de Evelina Rojas viuda de Acosta y otros, habiéndose decretado mediante Resolución número 0458 de 29 de enero de 1982, el embargo y secuestro del inmueble "El Catatumbo", y demás bienes intervenidos relativos a la Urbanización el Estero que se desarrollaba dentro del predio antes mencionado y de los cuales dicha agencia está en posesión como consecuencia de la intervención decretada.

La anterior petición se decidió con resultados desfavorables para la Superintendencia Bancaria, mediante auto de fecha junio siete (7) de 1985.

Contra dicha decisión, el administrador de las urbanizaciones intervenidas a través de apoderado legalmente constituido, formuló reposición y subsidiariamente apelación expresando en síntesis lo siguiente:

Que el levantamiento de las medidas cautelares se solicitó con fundamento en lo consagrado por el artículo 65 de la Ley 45 de 1923, aplicable a la toma de posesión en materia de vivienda conforme a la Ley 66 de 1968.

Que son inembargables todos aquellos bienes a que se contrae dicha medida, y por ello de conformidad con el artículo 682 del C. de P. C., numeral 11, se solicitó el levantamiento de dicho embargo y secuestro.

Que está debidamente probada la toma y posesión por la Superintendencia Bancaria, mediante Resolución número 0458 de enero 29 de 1982, emanada de dicha entidad, en donde se relaciona además el predio "El Catatumbo", objeto de las medidas cautelares decretadas en el citado acto administrativo.

Que conforme a reiterada doctrina de los Tribunales del país y del Consejo de Estado, acaecida la toma y posesión por la Superintendencia Bancaria, el juez que está conociendo del proceso contra la sociedad intervenida, pierde o le queda suspendida por así decirlo la competencia para actuar y por tanto, no puede válidamente proseguir la tramitación que venía adelantando. Y si se continúa el curso del proceso, la actuación queda viciada de nulidad, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 152 del C. de P. C.

Que en consecuencia, las normas de la Ley 45 de 1923, ante su rigor jurídico deben aplicarse no sólo por el juez, sino por las partes trabadas en la litis.

El Juzgado Municipal de Ejecuciones Fiscales de Villavicencio, en providencia de fecha junio 26 de 1985, desató la reposición formulada, negando las peticiones; después de hacer un estudio sobre la titulación del predio y la normatividad consagrada en los artículos 2322 y 2323

del Código Civil, sobre los derechos en común y proindiviso, precisa que el acto administrativo emanado de la Superintendencia Bancaria afecta a uno solo de los comuneros —Evelina Rojas viuda de Acosta—, sin mencionar a los otros comuneros.

Se indica además que la medida cautelar afecta un globo de terreno y eso hace que ella no pueda ser levantada ya que se solicita sobre una parte del predio, esto es sobre la Urbanización El Estero, con lo que al acceder a lo solicitado, quedaría parte del predio *sub judice,* con lo que se afectarían más intereses de los que se protegen.

Termina el juzgado manifestando que la medida cautelar dispuesta es general, mas no así la dispuesta por la Superintendencia. Y que la comunidad no es susceptible de división parcial. No es competente ni el juzgado ni la Superintendencia para disponer una división parcial de la comunidad por lo que en modo alguno es de recibo el recurso analizado.

Con el memorial sustentatorio de la alzada propuesta, el apoderado de la parte actora, insiste en sus planteamientos iniciales, haciendo énfasis en que la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos en el sentido de que mientras exista la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria, los procesos que se adelantan contra la persona intervenida para efectos de ejecución deben suspenderse so pena de nulidad de lo actuado en razón a lo preceptuado por la Ley 66 de 1968 y la Ley 45 de 1923. Manifiesta que es obvio que estando embargado y secuestrado el bien "El Catatumbo" y en posesión del agente especial, no puede ser nuevamente embargado y secuestrado por el Juez de Ejecuciones Fiscales que tiene suspendida la competencia para ello en razón de claras disposiciones legales como las citadas, todo lo cual vicia de nulidad todo lo actuado por dicho despacho y por tal razón solicita declararla.

Se considera:

De los antecedentes antes transcritos, la Sala deduce que, en el presente caso, se debe decidir sobre si es o no procedente levantar las medidas cautelares ordenadas por el Juzgado Municipal de Ejecuciones Fiscales de Villavicencio que afectaron al predio "El Catatumbo" que pertenece en común y proindiviso a las siguientes tres personas: Reina Melo Santos, Evelina Rojas viuda de Acosta y sus hijos y Antonio Reina Melo.

Enseñan los autos que el bien en mención soporta las medidas cautelares (embargo y secuestro) de distinto origen:

La primera obedece a la toma de posesión de los bienes de la señora Evelina Rojas viuda de Acosta y sus siete hijos excluidos los demás comuneros; actuación emanada de la Superintendencia Ban-

caria, según Resolución número 0458 de 29 de enero de 1982, en razón de haber adelantado la Urbanización El Estero sin los requisitos legales. Dicha toma de posesión ordenó además el *embargo y secuestro* de los bienes de propiedad de la citada señora, incluyendo lógicamente, el lote de terreno denominado "El Catatumbo", ubicado en la zona urbana de Villavicencio identificado en el Catastro con el número 002-001-015 en donde se adelantó la citada Urbanización El Estero.

La segunda de las medidas cautelares emanó del Juzgado Municipal de Ejecuciones Fiscales de Villavicencio, dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva adelantado contra Reina Melo Santos y otros, al parecer por deuda de impuesto predial y de industria y comercio en razón de las actividades y predios de las Urbanizaciones La Floresta y Bochica, sin que se pueda precisar si el mandamiento de pago cobija o no a la señora viuda de Acosta, aunque afecta al mismo predio, esto es, "El Catatumbo", distinguido en el Catastro con el número 002-001-015 y con ficha predial número 01-4-690-001.

Enseñan los autos que cuando el Juzgado Municipal de Ejecuciones Fiscales de Villavicencio, decretó las medidas de embargo (23 de noviembre de 1983) y la de secuestro (abril 25 de 1985) con antelación de más de un año, la Superintendencia Bancaria, mediante Resolución número 0458 de 29 de enero de 1982 (fls. 118 a 1123), había decretado el embargo y secuestro del bien trabado en la litis, y tomado posesión de él conforme a las disposiciones contenidas en la Ley 45 de 1923 en concordancia con lo dispuesto por los artículos 13, 14 y 27 de la Ley 66 de 1968. Ambos actos aparecen registrados en el certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Villavicencio: la Resolución 0458 de la Superintendencia en marzo 16 de 1982 y el oficio del Juzgado de Ejecuciones Fiscales el 26 de diciembre de 1983 y recaen sobre el mismo predio Catatumbo con número de Catastro (anterior) 002-001-015.

Ahora bien, conforme al artículo 65 de la Ley 45 de 1923, aplicable a la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria, en materia de vivienda, no puede embargarse ninguna propiedad después de que el superintendente haya tomado posesión de los bienes del contraventor. Por tanto el embargo y secuestro ordenado por el Juzgado Municipal de Ejecuciones de Villavicencio, ya no podía surtir efecto legal alguno, precisamente por haberse decretado con posterioridad a la actuación de la Superintendencia.

Siendo ello así, una vez efectuada la toma de posesión de bienes por parte de la Superintendencia Bancaria, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 66 de 1968, debe realizarse el procedimiento previsto en los artículos 60 a 64 de la Ley 45 de 1923 y si el artículo 65 *ibidem* predica la inembargabilidad de los bienes y haberes de la persona afectada con la medida administrativa de toma de posesión de los bienes, por parte de la Superintendencia Bancaria, lo lógico era que el Juzgado Municipal de Ejecuciones Fiscales de Villa-

vicencio, procediera a levantar las medidas cautelares decretadas y comunicadas mediante el oficio número 0287 de mayo de 1985.

Una vez llevada a cabo la actuación administrativa de la Superintendencia Bancaria, adquiere por ministerio de ley (art. 15, Ley 66 de 1968) algunas facultades, entre ellas las inherentes a los liquidadores, y por ello, contra dichas personas no puede entablarse ninguna acción, aunque sí presentar los créditos a su cargo para ser pagados en el orden de prelación que les corresponda según la ley.

Así las cosas, estima la Sala que, la pretensión del apelante está llamada a prosperar, y la persistencia del *a quo* en mantener la medida cautelar ordenada es injurídica y violatoria de las normas de orden público económico (art. 65, Ley 23 de 1945) que regulan la situación.

En virtud de lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Revocar en todas sus partes el auto de fecha 7 de junio de 1985, dictado por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Villavicencio, materia de la presente apelación.

Levantar las medidas cautelares dictadas en el proceso ejecutivo, y en especial las de embargo y secuestro de la finca "El Catatumbo" distinguida en el Catastro con el número 002-001-015, zona urbana de noviembre de 1983 y comunicada a la Oficina de Registro con oficio número 292 de diciembre 26 de 1983.

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.

JURISDICCION COACTIVA-Funcionario ejecutor/ESTABLECIMIENTO PUBLICO-Representante legal

Todos los representantes de los establecimientos públicos de cualquier orden, tienen jurisdicción coactiva.

JURISDICCION COACTIVA / COMPETENCIA

Con base en el artículo 11 del Decreto 2304 de 1989 se considera que todos los representantes de los "establecimientos públicos" de cualquier orden tienen jurisdicción coactiva.
No se trata de una disposición nueva que rige a partir de su publicación sino que interpreta con autoridad la ley anterior conformada por los artículos 68, 79 del C. C. A.
Cambio de jurisprudencia de la Sección a raíz de la expedición del citado Decreto 2304 de 1989, artículo 11.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 2196. Actor: Empresas Públicas de Medellín contra Aseguradora Grancolombiana S. A. Jurisdicción coactiva. Fallo.

En relación con el mandamiento de pago de diciembre 30 de 1987, proferido por el gerente de las Empresas Públicas de Medellín contra la Aseguradora Grancolombiana S. A., el apoderado de la demanda propuso las siguientes excepciones:

1º Nulidad por incompetencia, toda vez que el gerente carece de facultad para ejercer funciones de juez o de funcionario investido de jurisdicción coactiva, por no habérseles designado la ley en forma expresa y directa,

2º En caso de que pudiera entenderse que tal atribución se desprende implícitamente de los artículos 68 y 79 del Decreto 01 de 1984, pide se declaren aplicables por vía de la excepción de inconstitucionalidad ya que el Presidente de la República no fue autorizado por la Ley 58 de 1982, en virtud de cuyas facultades extraordinarias

se expidió aquel estatuto, para investir de jurisdicción coactiva a algunos funcionarios, ni para modificar los Códigos de Procedimiento Civil y de Comercio, artículos 561 y 562 y 1053, 1075, 1079 y 1080 respectivamente, que contienen normas sustantivas y procedimentales relativas al proceso de ejecuciones fiscales y a la acción ejecutiva que emana del contrato de seguros.

El gerente y representante legal de las Empresas Públicas de Medellín sostiene que su competencia se desprende de los artículos 68 y 79 del Decreto 01 de 1984, como lo ha expresado la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación con ponencia del consejero Humberto Mora Osejo, en concepto de mayo 15 de 1986, en el cual se afirma que los gerentes y representantes legales de los establecimientos públicos municipales "...según el artículo 68 del Decreto-ley 01 de 1984, pueden cobrar ejecutivamente, por jurisdicción coactiva los créditos exigidos a favor de esas entidades, si reúnen los demás requisitos prescritos por esa disposición", puesto que al disponer dicha norma 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 a favor de la entidad pública..."

Por otra parte, afirma la parte actora que esta interpretación ha sido acogida por la Sección Cuarta en los procesos radicados bajo los números 1975 y 2061.

Controvierte el criterio anterior el apoderado de la aseguradora argumentando que la única facultad que posee la entidad ejecutora es la de demandar por jurisdicción coactiva la efectividad de los créditos a su favor, ejerciendo el derecho de acción ante el juez competente, facultad que no puede confundirse con la de ejercer por sí misma la función jurisdiccional coactiva, de la cual se debe estar previa y expresamente investido por la Constitución o por la ley según los artículos 20, 58 y 63 de aquel estatuto. Y en contra del concepto invocado por la entidad ejecutora cita el criterio de la misma Sala, con ponencia del mismo consejero, de 19 de diciembre de 1980 (*Anales*, tomo 108, pág. 23), del cual transcribe los siguientes apartes:

> "2º En el régimen jurídico colombiano, en principio, la función se determina por el órgano, sólo de modo excepcional por el aspecto material o de contenido. En el caso de jurisdicción coactiva, se trata de funcionarios administrativos que excepcionalmente tienen atribución legal para ejercer la función jurisdiccional mediante el correspondiente procedimiento judicial.

"3º Por tratarse del ejercicio de facultad jurisdiccional en virtud del principio de centralismo político, que reconoce el estatuto fundamental, en defecto de disposición constitucional, *la competencia no puede provenir sino de la ley.* Además, como sucede con todos los funcionarios del país, *de conformidad con los artículos 20 y 63 de la Constitución, la competencia debe ser expresa no implícita ni menos deducible por analogía;* éste es un criterio de hermenéutica jurídica para dirimir problemas de fondo, en defecto de ley que es aplicable a un determinado caso, mediante la aplicación de la que regule uno semejante (art. 8º de la Ley 15 de 1887) mas no para atribuir competencia a un funcionario (destaca el litigante)" (fl. 93).

Y respecto de los procesos citados por el gerente de la ejecutora, dice la excepcionante que las providencias dictadas en los procesos números 1975, 2093 y 2061, no dan soporte alguno a la tesis de aquel, porque versan sobre aspectos distintos al de la competencia.

Consideraciones de la Sección:

Jurisdicción coactiva:

Competencia de los establecimientos públicos.

Con fundamento en el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil y con el criterio de que la competencia no puede provenir sino de la ley, la Sección se había pronunciado en casos similares, como el sometido a su estudio en esta oportunidad, en el sentido de que el señor gerente de las Empresas Públicas de Medellín no podía proferir mandamiento de pago ni adelantar proceso ejecutivo (Expedientes núms. 1514 y 2093 fallos de noviembre 11 de 1988 y mayo 5 de 1989), tesis con la cual se apartó de la expuesta en concepto de la Sala de Servicio Civil (mayo 15 de 1986) y que en algún caso fue acogida por el honorable Tribunal Disciplinario.

Sin embargo, la Sala anota que la situación legal no ha cambiado fundamentalmente a raíz de la expedición del Decreto extraordinario 2304 de 1989 (octubre 7) cuyo artículo 11 dispone:

"De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, los representantes legales de los establecimientos públicos nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales y municipales, de las áreas metropolitanas y de los establecimientos públicos interadministrativos tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos, mediante el

procedimiento ejecutivo prescrito por el Código de Procedimiento Civil, los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades".

Como puede observarse esta norma tiene un carácter "interpretativo" de la legislación anterior al iniciar su texto con la expresión "de conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo", lo que implica que no se trata de una disposición nueva que rige a partir de su publicación sino que interpreta con autoridad la ley que con base en los citados artículos del C. C. A., todos los representantes de los "establecimientos públicos" de cualquier orden, tienen jurisdicción coactiva.

En consecuencia, la duda o controversia planteada por el excepcionante, está resuelta hoy por el legislador extraordinario que utilizó las facultades conferidas por la Ley 30 de 1987 para aclarar el punto.

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

Falla:

No prospera la excepción de incompetencia, planteada.

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.

TITULO IX

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION/PRUEBA RECOBRADA

La revisión es el remedio extraordinario que concede la ley para que se rescinda y deje sin efecto una sentencia firme, ganada injustamente, a fin de que se vuelva a abrir el juicio y se falle con arreglo a la justicia. En el caso concreto el apoderado de la parte impugnante logró recuperar la prueba documental, única posibilidad que le permitía el manejo de la causal contemplada en el art. 188 numeral 2 del C. C. A. La prueba recobrada, para valer como tal debe reunir los requisitos que ha destacado la doctrina nacional, en especial el profesor Reyes Echandía, el que anota "que de haber obrado en el proceso hubiera variado la decisión contenida en la sentencia que el recurrente hubiera estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportarlos, por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria".

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

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 5120. Recurso extraordinario de revisión. Actor: Fernando Prada López. Demandado: La nación —Ministerio de Defensa—.

I

Por conducto de apoderado, legalmente constituido, Fernando Prada López interpuso el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el día veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), dentro del proceso radicado ante el *a quo* bajo el número 4378, promovido por el mismo interesado y otros.

Rituada la demanda en la forma prescrita por los artículos 185 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, sin que se observe

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

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

"Pretensiones:

"1ª Que el honorable Consejo de Estado *revise* la sentencia (el proceso, mejor) y la invalide.

"2ª Que, en su lugar, el honorable Consejo de Estado resuelva favorablemente las súplicas de la demanda, en cuanto a Fernando Prada López (único actor recurrente) se refiere.

"3ª Que, consecuencialmente, se hagan por esa honorable Corporación las siguientes o similares declaraciones y condenas:

"a) *La Nación, Ministerio de Defensa (Ejército Nacional)* es administrativamente responsable de la totalidad de daños y perjuicios causados al actor-recurrente, señor Fernando Prada López, a raíz de las lesiones sufridas a manos de miembros del Ejército Nacional en hechos, acaecidos en el estadio de fútbol 'Alfonso López' de Bucaramanga, el día 11 de octubre de 1981.

"b) *La Nación, Ministerio de Defensa (Ejército Nacional)* debe pagar al actor-recurrente, señor Fernando Prada López, la indemnización por daños y perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) en la cuantía demostrada en el proceso.

"c) *La Nación, Ministerio de Defensa (Ejército Nacional)* debe pagar al actor-recurrente, señor Fernando López, la compensación por daños morales subjetivos así: lo que valgan, en moneda nacional, mil gramos oro fino, a la tasa de cambio vigente el día del fallo, según certificación del Banco de la República.

"d) El monto se actualizará de acuerdo al incremento sufrido por el índice de precios al consumidor y/o los intereses compensatorios de lo que sumen los daños y perjuicios, desde la fecha del hecho hasta la fijación de la indemnización y/o los intereses no inferiores al 6% anual desde la fecha

en que el fallo deba cumplirse hasta cuando el pago efectivamente se realice, todo ello de acuerdo a lo que está escrito en la demanda y a las fórmulas de matemáticas financieras adoptadas por esa honorable Corporación.

"e) *La Nación, Ministerio de Defensa (Ejército Nacional)* dará cumplimiento a la decisión que se tome, en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A., (antes regían los artículos 121 y 122 del C. C. A. La demanda cita el 121 y el 127).

"Hechos y omisiones fundamentales de la acción o del recurso:

"1º El día 11 de octubre de 1981, en el estadio de fútbol 'Alfonso López', de Bucaramanga, se celebraba un partido de fútbol entre los equipos Atlético Bucaramanga y Atlético Junir, éste último de Barranquilla. A raíz de una decisión del árbitro, considerada por los aficionados que colmaban el estadio injusta y perjudicial al equipo de casa, sobrevino una airada protesta, que era conjurada por la Policía Nacional hasta que tropas del Ejército ingresaron al campo deportivo y dispararon sus fusiles contra la multitud que apresuradamente trataba de abandonar el estadio.

"Resultaron muertos Luis Hernando Ortegón Ariza, Germán Martínez Robayo y Leonel Cala Suárez. Resultaron heridos varios civiles, entre ellos Fernando Prada López, quien quedaría paralítico de por vida.

"2º Este lamentable insuceso trajo para Fernando Prada López no sólo graves perjuicios en el orden económico sino daños morales subjetivos incalculables, como fácilmente se entiende en un nombre joven que queda paralizado de la cintura hacia abajo para siempre, y sujeto, también para siempre, a una silla de ruedas.

"3º Los familiares de los muertos y el señor Fernando Prada López instauraron demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra la Nación, Ministerio de Defensa (Ejército Nacional), todas las cuales fueron falladas en favor de los demandantes. Todas, excepto una: la del señor Fernando Prada López. Fue el único demandante al cual se le negó la indemnización de perjuicios.

"En efecto, los negocios fueron fallados así:

"a) Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sen-

tencia condenatoria. Junio 21 de 1985. Expediente número 3438. Actores: Luis Alejandro Martínez y otros. Magistrado ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Proceso contra la Nación por la muerte de Germán Martínez Robayo.

"b) Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia condenatoria. Febrero 6 de 1986. Expediente número 3775. Actores: Hernando Enrique Reparato Ortegón López y otros. Magistrado ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Proceso contra la Nación por la muerte de Luis Hernando Ortegón Ariza.

"c) Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia condenatoria. Diciembre 5 de 1984. Expediente número 4212. Actores: Ernesto Cala Ardila y otros. Magistrado ponente: Doctor Reinaldo Ramírez. Proceso contra la Nación por la muerte de Leonel Cala Suárez.

"4º Esa honorable Corporación apuntó, al fallar los procesos que se dejan relacionados, lo siguiente, en relación con la falla del servicio:

"Se desprende entonces que la conducta seguida por miembros del Ejército fue a todas luces imprudente, exagerada, reprochable desde todo punto de vista, si se tiene en cuenta que no es posible utilizar armas de fuego en un estadio y menos aún dirigir esas armas hacia sitios en donde se ponga en peligro la integridad de las personas.

"De lo anterior se deduce que la actitud y comportamiento de los uniformados rebasó los límites constitucionales, legales y reglamentarios, por cuanto hubo exceso en los medios utilizados para contener los desórdenes. No existe prueba indicativa de que las circunstancias, por extremas que fueran, obligaran a la fuerza pública a utilizar los medios referidos. Está demostrado que los militares dispararon 370 cartuchos, resultando muertas 4 personas y heridas 25, sin que pueda aceptarse por la Sala la afirmación que el apoderado de la entidad demandada hace en su alegación final, cuando para justificar el comportamiento de los soldados dice que '...se impidieron peores desgracias'.

"Este planteamiento no es de recibo porque deja la impresión de que el valor de la persona humana

en que el fallo deba cumplirse hasta cuando el pago efectivamente se realice, todo ello de acuerdo a lo que está escrito en la demanda y a las fórmulas de matemáticas financieras adoptadas por esa honorable Corporación.

"e) *La Nación, Ministerio de Defensa (Ejército Nacional)* dará cumplimiento a la decisión que se tome, en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A., (antes regían los artículos 121 y 122 del C. C. A. La demanda cita el 121 y el 127).

"Hechos y omisiones fundamentales de la acción o del recurso:

"1º El día 11 de octubre de 1981, en el estadio de fútbol 'Alfonso López', de Bucaramanga, se celebraba un partido de fútbol entre los equipos Atlético Bucaramanga y Atlético Junir, éste último de Barranquilla. A raíz de una decisión del árbitro, considerada por los aficionados que colmaban el estadio injusta y perjudicial al equipo de casa, sobrevino una airada protesta, que era conjurada por la Policía Nacional hasta que tropas del Ejército ingresaron al campo deportivo y dispararon sus fusiles contra la multitud que apresuradamente trataba de abandonar el estadio.

"Resultaron muertos Luis Hernando Ortegón Ariza, Germán Martínez Robayo y Leonel Cala Suárez. Resultaron heridos varios civiles, entre ellos Fernando Prada López, quien quedaría paralítico de por vida.

"2º Este lamentable insuceso trajo para Fernando Prada López no sólo graves perjuicios en el orden económico sino daños morales subjetivos incalculables, como fácilmente se entiende en un nombre joven que queda paralizado de la cintura hacia abajo para siempre, y sujeto, también para siempre, a una silla de ruedas.

"3º Los familiares de los muertos y el señor Fernando Prada López instauraron demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra la Nación, Ministerio de Defensa (Ejército Nacional), todas las cuales fueron falladas en favor de los demandantes. Todas, excepto una: la del señor Fernando Prada López. Fue el único demandante al cual se le negó la indemnización de perjuicios.

"En efecto, los negocios fueron fallados así:

"a) Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sen-

tencia condenatoria. Junio 21 de 1985. Expediente número 3438. Actores: Luis Alejandro Martínez y otros. Magistrado ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Proceso contra la Nación por la muerte de Germán Martínez Robayo.

"b) Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia condenatoria. Febrero 6 de 1986. Expediente número 3775. Actores: Hernando Enrique Reparato Ortegón López y otros. Magistrado ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Proceso contra la Nación por la muerte de Luis Hernando Ortegón Ariza.

"c) Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia condenatoria. Diciembre 5 de 1984. Expediente número 4212. Actores: Ernesto Cala Ardila y otros. Magistrado ponente: Doctor Reinaldo Ramírez. Proceso contra la Nación por la muerte de Leonel Cala Suárez.

"4º Esa honorable Corporación apuntó, al fallar los procesos que se dejan relacionados, lo siguiente, en relación con la falla del servicio:

"Se desprende entonces que la conducta seguida por miembros del Ejército fue a todas luces imprudente, exagerada, reprochable desde todo punto de vista, si se tiene en cuenta que no es posible utilizar armas de fuego en un estadio y menos aún dirigir esas armas hacia sitios en donde se ponga en peligro la integridad de las personas.

"De lo anterior se deduce que la actitud y comportamiento de los uniformados rebasó los límites constitucionales, legales y reglamentarios, por cuanto hubo exceso en los medios utilizados para contener los desórdenes. No existe prueba indicativa de que las circunstancias, por extremas que fueran, obligaran a la fuerza pública a utilizar los medios referidos. Está demostrado que los militares dispararon 370 cartuchos, resultando muertas 4 personas y heridas 25, sin que pueda aceptarse por la Sala la afirmación que el apoderado de la entidad demandada hace en su alegación final, cuando para justificar el comportamiento de los soldados dice que '...se impidieron peores desgracias'.

"Este planteamiento no es de recibo porque deja la impresión de que el valor de la persona humana

está sometido a un aspecto matemático en donde para salvar muchas vidas es posible sacrificar algunas. Se olvida así que el derecho existe sólo por causa del hombre y que éste es anterior al derecho, lo que explica que esta ciencia sólo puede estar al servicio de él. El hombre tiene una dignidad propia que no puede estar sometida a discusión ni a evaluaciones matemáticas que destruyen la concepción ética inspirada en la filosofía cristiana.

"... ... ...

"Comparte así la Sala la apreciación de la Fiscalía cuando considera que la imprudencia del Ejército en utilizar armas de fuego en un estadio de fútbol —con el agravante de haber disparado contra el público— constituye falla del servicio" cit. ant.).

"5º Ya anotamos (3º, c) que el honorable Tribunal Administrativo de Santander, con ponencia del magistrado doctor Reinaldo Ramírez falló contra la Nación el proceso adelantado por la muerte de Leonel Cala Suárez, ocurrida —repito— en los mismos hechos del estadio, o sea, en los mismos hechos en que fue herido (al decir del demandante) el señor Fernando Prada López.

"Si hubo condena en aquél caso fue porque el Tribunal —lógico es— entendió que en los citados episodios violentos sí hubo falla del servicio.

"Esto para dejar sentada la premisa de que la negación de las pretensiones a Fernando Prada López no se edificó, ni podía edificarse, en la consideración de que no había habido falla del servicio. El hecho acaecido el 11 de octubre de 1981 en el estadio de fútbol 'Alfonso López' de Bucaramanga es uno sólo y no podía ser estimado como constitutivo de falla del servicio frente a la muerte de una persona acribillada por el Ejército y como no constitutivo de falla frente al acribillamiento de otro aficionado.

"Lo que determinó, pues, la denegación de las pretensiones a Fernando Prada López fue el *haber quedado por fuera del informe oficial sobre los hechos, rendido por el Comando de la Quinta Brigada.* Este informe fue definitivo en la evaluación probatoria realizada por los tribunales falladores, como se colige de la sola lectura de las piezas jurisprudenciales producidas en torno al caso.

"Así, esa honorable Corporación apuntó:

" 'Que la muerte se produjo el día 11 de octubre de 1981 en los hechos ocurridos en el estadio de Bucaramanga se demuestra con la declaración del señor Nelson Ascanio, recibida en el momento de practicarse el levantamiento del cadáver (fl. 83 vto. cdno. 1), y con el oficio número 002567 de 12 de octubre de 1981 que dice:

" '2. Entre el personal civil según reporte de la policía, hubo los siguientes muertos:

" 'José Germán Martínez Robayo.

" 'Hernando Ortegón Ariza.

" 'Leonel Cala Suárez.

" 'N. N. (fl. 2, anexo 1)' (cit. ant.).

"Si se lee detenidamente el mencionado informe oficial, se encontrará que él menciona a los muertos habidos entre el personal civil, pero *no menciona a los heridos habidos dentro del mismo personal civil.* En otras palabras, el informe oficial del Ejército sobre los hechos (que fue prueba documental básica en todos los procesos) resultó ser un *informe oficial incompleto,* porque dejó por fuera sin razón alguna a los heridos, *también víctimas,* indiscutiblemente, de la acción oficial.

"El honorable Tribunal Administrativo de Santander dice al respecto:

> "Según el informe rendido por el señor Comandante de la Quinta Brigada del Ejército con sede en Bucaramanga, esa unidad, previo requerimiento de las Fuerzas de Policía Militar envió al estadio ciento cuarenta y ocho (148) de sus miembros con la misión de colaborar con la Policía Nacional en el restablecimiento del orden; la línea de mando estaba constituida por cuatro (4) oficiales, diez y seis (16) suboficiales y ciento veintiocho (128) soldados (fl. 94)...
>
> "En la refriega el Ejército acepta que sus efectivos dispararon trescientos setenta (370) cartuchos calibre .62", e, igualmente, que en la acción perecieron cuatro (4) civiles y fueron heridos nueve (9) miembros de la tropa (fl. 97). *El informe militar carece de estadísticas acerca de los espectadores que resultaron heridos en la contienda* aunque si bien

dan (sic) cuenta que 'fueron capturados diez (10) civiles quienes fueron sorprendidos tirando piedra' (fl. 97).

"*En parte alguna del expediente existe una relación oficial de los civiles heridos en la contienda;* se sabe, por el informe médico, que Fernando Prada ingresó al servicio de urgencias del Hospital Ramón González Valencia el día 11 de octubre de 1981 para ser tratado 'por herida con arma de fuego' (fl. 33).

"Sin embargo, nade se dice acerca del tipo de proyectil que le causó la herida ni tampoco del lugar donde tuvieron ocurrencia los hechos que dieron origen a sus lesiones. Al respecto, sólo obra en el informativo un recorte de periódico donde se menciona a Fernando Prada como una de las personas que ingresaron al Hospital González Valencia 'con heridas de consideración' (fl. 18); el recorte de prensa que se menciona carece de autenticidad, sólo constituye un leve indicio de que la persona allí mencionada y el demandante principal tengan la misma identidad.

"En cuanto se refiere a los testimonios rendidos ante el Tribunal sobre el caso que se estudia, nadie da cuenta de haber sido testigo presencial de los hechos en que resultó herido Fernando Prada López ni se sabe quien quien (sic) lo condujo al centro hospitalario; nadie menciona ni da cuenta de las circunstancias en que Prada López fue lesionado; el único declarante que relaciona el hecho dice que, no obstante haber concurrido al Estado (sic) el 11 de octubre de 1981, acompañado de su hijo, sólo se enteró 'que Fernando había sido herido en el Estadio (sic) con un tiro en la espalda (...) al otro día por la prensa'. (Testimonio de Julio César Fuentes Mayorga, fl. 139)...

"En el caso que afecta al ciudadano Fernando Prada no aparece comprobado en el informativo que su lesión corporal le fue causada por los proyectiles disparados en la luctuosa tarde de 11 de octubre de 1981 por efectivos del Ejército Nacional; si bien es cierto que ingresó herido por arma de fuego ese mismo día al Hospital Ramón González Valencia no se demostró que su herida le hubiese sido causada en el Estadio Alfonso López ni que el proyectil que le ocasionó haya sido disparado por un arma de uso privativo de las Fuerzas Militares.

"Por las anteriores razones las pretensiones de la demanda no están lamadas a prosperar" (sentencia recurrida, fls. 71, 72 y 73. Los subrayados son míos).

"6º Un somero repaso visual del expediente nos revela que la demanda fue presentada por el entonces apoderado del señor Prada López, doctor Fabio Ramírez Alonso, el día 23 de junio de 1982, fecha en que llegó al Consejo de Estado al parecer por correo, luego de habérsele colocado nota de presentación personal en el Tribunal Administrativo de Santander el día junio 9 de 1982. (fl. 48, cdno. 1). Fue fijado en lista entre el 11 de enero de 1983 y el 17 de enero de 1983 (5 días hábiles) (fls. 54, *in fine* y 54 vto. *in limine*).

"7º En el escrito de demanda, la actora solicitó que se oficiara al señor Comandante de la Quinta Brigada para que remitiera con destino al proceso '...número de unidades militares (oficiales, suboficiales y soldados) que fueron enviadas para que tomaran parte en la operación realizada en la tarde de 11 de octubre de 1981 en el Estadio «Alfonso López» de Bucaramanga'. 'Orden dada a esas unidades por el comandante o encargado de su envío al lugar de los hechos e *informe presentado por el comandante de esas unidades sobre el resultado de la expresada operación,* así como del número o cantidad de munición disparada en cumplimiento de la misión'. '*Informe sobre la investigación que al efecto fue adelantada por la Justicia Penal Militar adscrita a la Quinta Brigada,* sobre los precitados hechos' (demanda, fls. 46 y 47, cdno. 1, literal g, del acápite 'Prueba documentaria'. Los subrayados son míos).

"8º El auto que decretó pruebas se dictó el día marzo 25 de 1983 (fls. 3, 4 y 5, cdno. 2).

"En dicha providencia, el honorable magistrado ponente, doctor Dangond Flórez, ordenó oficiar al señor Comandante de la Quinta Brigada para que remitiera el informe múltiple que solicitaba la parte actora (fl. 4, *in fine,* cdno. 2).

"Es de anotar que el apoderado de la parte actora había hecho llegar al Consejo de Estado 'en el término de fijación en lista' (realmente llegó antes) un memorial reiterando la petición de pruebas hechas en la demanda (fls. 1 y 2, cdno. 2), escrito que fue atendido por el magistrado ponente (fl. 3, cdno. 2).

"Pues bien, en cumplimiento de lo ordenado por el magistrado ponente en el auto de pruebas, el señor secretario general del honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, doctor Félix Arturo

Mora Villate, ofició al señor Comandante de la Quinta Brigada (oficio núm. 729 de abril de 1983, fls. 13 y 14, cdno. 2), pidiéndole los informes oficiales que se requerían.

"El señor Comandante de la Quinta Brigada, en ese entonces el señor brigadier general Ernesto López Ramírez, respondió el oficio del Consejo de Estado con el oficio número 016 de 11 de mayo de 1983 (fls. 94, 95, 96 y 97), anexando —como complementación de su informe oficial— el informe oficial que le había rendido a él el señor oficial de inspección, teniente Ricardo Gutiérrez Guzmán. El informe relaciona una lista de cuatro (4) civiles muertos y nueve (9) militares heridos. En otras palabras: *ningún civil herido* (véase: fl. 97).

"9º Como se tenía conocimientos de que Fernando Prada López sí había sido herido en el estadio (ver: fl. 37, cdno. 1), y ante el fallo adverso dictado por el honorable Tribunal Administrativo de Santander, el suscrito abogado —ya con poder del ciudadano Prada López para el recurso extraordinario de revisión— se dirigió, en ejercicio del derecho de petición verbal, al señor Comandante de la Quinta Brigada —como Juez de Primera Instancia— solicitándole una certificación oficial sobre si el señor Fernando Prada López se hallaba o no dentro de la lista de *civiles heridos* (lista que ese comando nunca dio en sus informes oficiales a los tribunales de justicia que conocían los pleitos contra la Nación a raíz de esos hechos). Más claramente, si el señor Fernando Prada López era o no uno de los civiles que habían resultado heridos en el estadio durante los hechos de 11 de octubre de 1981. Esa certificación implicaba varias cosas: a) Que sí hubo *civiles* heridos; b) Que Fernando Prada López era uno de ellos; y c) Que los informes oficiales sobre los cuales se falló el caso de este ciudadano habían sido *incompletos*. Significaba, además, recobrar, recuperar una información oficial que el Estado había retenido (tal vez sin mala intención), una información oficial que no llegó al proceso en su trámite ordinario, no por causa imputable a la parte actora, es decir, al ciudadano víctima de la lesión, sino por causa atribuible al propio Estado, cuya información oficial (que debía haber sido completa) había resultado fragmentaria.

"Del comando fui remitido a la Auditoría Principal de Guerra.

"Como el titular no se encontraba en la ciudad, hube de hablar con la persona encargada, una capitana-abogada, a quien le expliqué el motivo de mi visita y le pedí respetuosamente la certificación. Ella se negó a dármela aduciendo que

hacerlo constituía violación de la reserva del sumario y que era el Consejo de Estado directamente el que debía solicitarla.

"Vanamente le expliqué por qué razón ese tipo de informes no violaba la reserva sumarial. Ella se negó rotundamente a darme la certificación.

"Acudí, entonces, a la Procuraduría Regional de Bucaramanga, a la cual le solicité comediamente su intervención para lograr dicho informe.

"La Procuraduría Regional entendió que se trataba de una queja disciplinaria contra las autoridades militares y la remitió a la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares.

"Esta delegada consideró que no había falta disciplinaria en la negativa de la certificación y archivó las diligencias.

"El día noviembre 6 de 1986, me dirigí, esta vez por escrito, al señor Comandante de la Quinta Brigada y al señor auditor principal de guerra explicándoles detalladamente lo sucedido al señor Fernando Prada López, qué clase de certificación se requería, para qué era, lo que había pasado con la Auditoría de Guerra Encargada, las razones jurídicas por las cuales darme esa certificación no violaba la reserva del sumario y, obviamente, encarecía nuevamente ese informe oficial.

"El día 18 de noviembre de 1986, el señor Comandante de la Quinta Brigada me expidió la constancia que adjunto y que reza textualmente:

"Fuerzas Militares de Colombia

"Ejército Nacional

"Quinta Brigada

"Comando

"El suscrito Comandante de la Quinta Brigada,
Juez de Primera Instancia

"Hace constar:

"Que en el proceso número 0273 en averiguación responsables, figura como lesionado en los hechos que tuvieron lugar en el estadio Alfonso López de

esta ciudad, el día 11 de octubre de 1981, el señor Fernando Prada López.

"La presente certificación se expide a solicitud del doctor Oscar Humberto Gómez Gómez, con el fin de interponer el recurso extraordinario de revisión ante el Consejo de Estado, hoy, diez y ocho de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

"(Fdo.) Coronel Norberto Adrada Córdoba.

"Comandante Quinta Brigada" (hay un sello).

"Fundamentos de derecho:

"a) *Disposiciones aplicables:*

"C. C. A., artículos 185, 186, 187, 188 numeral 2, 189 y 137.

"b) *Causal de revisión:*

"Este recurso lo interpongo al amparo de la causal 2ª de revisión, prevista en el artículo 188, numeral 2º del C. C. A.

"Desarrollo de los fundamentos de derecho:

"a) *Sobre las disposiciones aplicables:*

"El artículo 185 del C. C. A., señala la procedencia del recurso de revisión 'contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por el Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos".

"La sentencia está ejecutoriada, como se lee en la constancia secretarial visible al folio 101 vto., cuaderno 1.

"Fue un caso de única instancia. A folios 93 y 94, cuaderno 1, se lee que el apoderado del actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia, el cual le fue denegado (fls. 96 y 96 vto.).

"De las (sentencias) de única instancia de los tribunales conocerá la sección correspondiente del Consejo de Estado, reza, el artículo 186, inciso 2º. En este caso, la Sección Tercera.

"El artículo 187 señala que el 'recurso deberá interponerse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia', término que, como se ve, no está vencido. La sentencia se notificó por edicto fijado el día 30 de mayo de 1985 a las 8:00 a. m., y desfijado el día 4 de junio de 1985 a las 6:00 p. m. (fls. 95 y 95 vto., cdno. 1).

"Según el artículo 189, el escrito del recurso debe llenar las mismas formalidades exigidas para una demanda, 'con indicación precisa de la causal en que se funda'. Esto es, los requisitos previstos por el artículo 137 del C. C. A.

"Finalmente, el artículo 16 de la Carta Fundamental lo estimó aplicable porque es la norma constitucional de la cual se deriva, básicamente, la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado por fallas del servicio.

"b) *Sobre la causal de revisión:*

"Dice el artículo 188, numeral 2, del C. C. A.:

" 'Artículo 188. *Causales de revisión.* Procederá este recurso:

" '... ... ...

" '2. Cuando se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente.

" '... ... ...'

"El honorable consejero de Estado doctor Carlos Betancur Jaramillo, explicando los alcances de la causal transcrita, escribe:

"Esta causal debe interpretarse igualmente con criterio estricto y referida a la prueba documental (aquí 'piezas' tiene ese alcance) porque es fácil pensar de primer momento que se refiere a toda clase de medios probatorios y que la causal sirve entonces para suplir la negligencia o el descuido del interesado, quien en la nueva oportunidad aportaría documentos que tenía en su poder o que eran de fácil consecución o pediría testimonios de personas que tenía a su disposición desde un principio. No, no es

> este el sentido o alcance de la prueba recobrada, ya que ésta para tener el valor de tal debe reunir, en principio, los siguientes requisitos destacados por el profesor Devis Echandía: 'que de haber obrado en el proceso hubiera variado la decisión contenida en la sentencia; que el recurrente hubiera estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportarlos, por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria' (Betancur Jaramillo Carlos. *Derecho procesal administrativo*, 2ª edición. Ed. Señal Editora. Medellín, 1985, pág. 367).

"O sea, de acuerdo a la enseñanza del ilustre maestro colombiano, la 'pieza' recobrada debe reunir los siguientes requisitos:

"a) Que sea una prueba *documental.*

"b) Que su ausencia haya sido *determinante* en la sentencia, a un punto tal que, de haber existido en el proceso, de haber contado con ella el fallador, otra distinta hubiese sido la sentencia.

"c) Que *no* haya sido *imputable al recurrente* la ausencia de esa prueba sino a fuerza mayor, caso fortuito *u obra de la parte contraria* (resalto).

"Antes de entrar al estudio del caso concreto que nos ocupa, en orden a precisar si este asunto reúne tales exigencias, me parece importante traer a colación la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado (Sala Plena) acerca de este tema. Importante aún más porque precisamente el fallo a transcribirse constituye el respaldo de la Corporación a las tesis doctrinarias del doctor Betancur Jaramillo que acabamos de copiar, con la notable agregación de que precisamente el magistrado ponente en aquel proceso fue el propio consejero Betancur Jaramillo. Dice el honorable Consejo de Estado:

> "El Decreto 01 de 1984 contempla en su artículo 188 las causales de revisión de una sentencia, y en su numeral 2 dispone: 'Cuando se recobren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente'.
>
> "En vista de que esta causal no ha tenido aún ningún desarrollo jurisprudencial, la Sala intenta señalar someramente sus alcances, ya que tiene que ver con la prueba recobrada, concepto procesal un tanto impreciso y excepcional.

"La causal debe interpretarse, como las restantes del artículo 188, con criterio restrictivo y con referencia a la prueba documental ('piezas' tiene ese alcance) porque es fácil pensar que se refiere a cualquier medio probatorio y que la causal sirve para suplir la negligencia o el descuido de la parte interesada, quien en la nueva oportunidad aportaría documentos que tenía en su poder o que eran de fácil consecución o pediría testimonios de personas que tenía a su disposición desde un principio o un peritazgo que omitió solicitar.

"No, este no puede ser el sentido de la prueba recobrada, ya que ésta para valer como tal debe reunir los requisitos que ha destacado la doctrina nacional, en especial el profesor Reyes Echandía (sic), el que anota 'que de haber obrado en el proceso hubiera variado la decisión contenida en la sentencia; que el recurrente hubiera estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportarlos, por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria'.

"Confrontadas estas ideas con las expuestas por el recurrente al hablar de la procedencia de la causal, hay que concluir, por fuerza, que la revisión no puede prosperar y que el asunto nada tiene que ver con ese tipo de prueba. Lo que sucedió fue que el juzgador de primera instancia, por inexcusable error, consideró que no podía practicarse nuevo examen al demandante porque éste había fallecido. En esto hubo falta de cuidado en el Tribunal, porque esa afirmación no era cierta. Pero, con todo, el demandante pudo hacer enmendar la plana en la segunda instancia y no lo hizo. No sólo no había fallecido sino que el mismo Tribunal había echado de menos su examen médico como prueba indispensable para establecer el grado de incapacidad que lo aquejaba al desvincularse del servicio.

"Todo esto hace incomprensible la falta de diligencia del actor, el que pese a saber que tenía un nuevo período probatorio en segunda instancia, sin limitaciones, nada pidió.

"Esa conducta omisiva y negligente no puede ahora disfrazarse con una supuesta prueba recobrada y menos cuando pudo utilizarse el período de segunda instancia para llenar el vacío anotado por el *a quo*". (Consejo de Estado de Colombia. Sala Plena

de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de febrero 26 de 1986. Expediente número 004. Recurso de revisión. Actor: Miguel Antonio García Torres. Magistrado ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Tomada de la revista "Jurisprudencia y doctrina". Tomo XV, núm. 171. Marzo de 1986, págs. 258 y 259. El tratadista que se menciona es el doctor Devis Echandía y no Reyes Echandía, insigne presidente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, maestro de siempre).

"El fallo, pues, insiste en la necesidad de que la prueba sea *documental*, que haya sido *decisiva* su ausencia, al punto de que habría hecho cambiar el sentido de la sentencia, y, finalmente, que su ausencia *no* le sea *imputable* al recurrente sino a la parte contraria o a fuerza mayor o caso fortuito.

"Es de resaltar que el caso del fallo de todos modos no era revisable por cuanto se trataba de un negocio de *doble instancia* (según el texto de la sentencia) y este recurso extraordinario sólo procede respecto de sentencias de *única instancia*. (Betancur, ob. cit. págs. 363 *in fine* y 364).

"Hechas las anteriores precisiones doctrinarias, este recurrente se permite, con todo respeto, pasar al análisis del caso que nos ocupa.

"En el capítulo de '*Hechos u omisiones fundamentales del recurso*' (ordinales 6º, 7º y 8º) quedó visto:

—"Que la demanda se presentó el 23 de junio de 1982.

—"Que el negocio fue fijado en lista entre el 11 de enero de 1983 y el 17 de enero de 1983.

—"Que en la demanda se solicitó la prueba consistente en oficiar al comandante de la Quinta Brigada pidiéndole un informe oficial sobre los hechos, que incluyera el 'resultado final' del operativo militar.

—"Que la prueba se decretó el 25 de marzo de 1983.

—"Que el oficio petitorio del informe oficial se libró el 14 de abril de 1983.

—"Que el solicitado informe oficial lo remitió el comandante de la Quinta Brigada el 11 de mayo de 1983 y al Consejo de Estado llegó el 16 de junio de 1983 (fl. 95, cdno. 2). Este informe oficial del Ejército, como quedó dicho, omitió reseñar la lista de *civiles heridos* durante el operativo y solamente habló de *muertos civiles* y *heridos militares*.

"Durante todo este trayecto del proceso (23 de junio de 1982 a 16 de junio de 1983) la normatividad que regía era el anterior Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) pues el nuevo Código sólo empezó a regir el 1º de marzo de 1984.

"Esa normatividad anterior le daba a la parte demandante dos oportunidades para solicitar pruebas (más exactamente, le daba una sola oportunidad, pero la jurisprudencia, por vía de interpretación, terminó aceptando la otra). Tales oportunidades eran:

"1ª La demanda.

"2ª El término de fijación en lista.

"En su libro *'Derecho procesal administrativo'* (edición de 1982), el consejero Carlos Betancur Jaramillo explicaba sobre el particular:

> "Ordena el artículo 126 del C. C. A., que recibida la demanda ordinaria en el Tribunal, el sustanciador al admitirla dispondrá: '1ª... 2ª... 3ª Que se fije en lista por el término de cinco días para que el Ministerio Público o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la demanda puedan solicitar la práctica de pruebas...
>
> " 'Se repite aquí lo dicho sobre la petición probatoria hecha con la demanda. La jurisprudencia acepta, con muy buen juicio, que la parte que tal conducta haya asumido no tendrá por qué repetir la petición dentro del término de fijación en lista' (págs. 218-219).
>
> "Con todo, nada impide que con las demandas contencioso administrativas se haga la petición probatoria. La jurisprudencia ya se ha pronunciado a este respecto por considerarla conveniente...
>
> "En tales condiciones, por construcción jurisprudencial, la parte demandante podrá pedir prueba dentro del libelo, sin que esto implique que no pueda hacerlo durante la fijación en lista, que es, en principio, *la única oportunidad* que tienen las partes... para solicitar pruebas" (pág. 216) (el subrayado es mío).

"O sea: La parte actora solamente podía pedir pruebas en su demanda (C. de P. C., art. 75) o en la fijación en lista (C. C. A., art. 126).

"Los artículos 129 y 130 del mismo C. C. A., anterior, disponían:

> "Artículo 129. Informado por el secretario que se ha cumplido la fijación en lista, se ordenará *la práctica de las pruebas que se hubieren solicitado,* para lo cual se señalará un término que no será inferior a diez días ni superior a treinta..."
>
> "Artículo 130. Practicadas las pruebas o cerrado el respectivo término, se ordena dar traslado por cinco días a las partes, y por otros cinco al Ministerio Público, para que formulen sus alegatos por escrito..." (el subrayado es mío).

"La parte actora pidió que se oficiara al comandante de la Quinta Brigada para que remitiera al Consejo de Estado un informe oficial sobre los hechos que incluyera el 'resultado' del operativo. En otras palabras, la parte actora solicitó correctamente una prueba documental pública y al hacerlo en la demanda lo hizo correctamente. Tan correctamente, que el honorable magistrado sustanciador la decretó. De ahí en adelante, lo que ocurriera con dicha prueba documental pública *ya no dependía de la parte actora* porque ningún precepto jurídico de los que regulaban el procedimiento ordinario en aquel entonces ordenaba al demandante repetir una y otra vez su petición hasta que la prueba se cumpliera bien. Se supone que este proceso, como todos los procesos judiciales en Colombia, estaba regido por el principio de la lealtad procesal, que obliga a las partes a observar una conducta ética dentro del debate y a colaborar en lo que esté a su alcance para que dentro del proceso judicial el juez pueda establecer eso que Carlos Lozano y Lozano llamaba certeramente la 'verdad verdadera'. Luego si una de las partes procesales debe informarle algo a la justicia, ha de hacerlo con sujeción a la verdad, sin olvidar que no sólo se falta a la verdad cuando ella se oculta totalmente sino también cuando se dice la verdad, sí, pero a medias.

"Un informe oficial sobre los hechos del estadio de Bucaramanga que excluyera la mención de *civiles heridos* era, necesariamente, un informe incompleto, y por incompleto, falso.

"Porque era un *hecho notorio,* un hecho que, por notorio, no requería prueba (C. de P. C., art. 177, inc. 2º) el de que en tal acontecer sangriento se habían registrado no sólo civiles muertos sino también *civiles heridos,* gentes de carne y hueso, seres humanos que habían recibido proyectiles en diferentes partes de sus cuerpos, personas humanas —muchas

de ellas enteramente inocentes porque ni siquiera habían rechiflado— que también habían regado con su sangre las graderías de aquel escenario deportivo convertido en campo de guerra por una decisión arbitral. Era un hecho notorio porque toda la opinión pública nacional escuchó los debates que hicieron en el Senado de la República los parlamentarios Jaime Castro Castro y Luis Carlos Galán contra la actuación militar, las intervenciones en el mismo Congreso Nacional del entonces ministro de Defensa, general Luis Carlos Camacho Leyva, y pudo leer en todos los diarios nacionales cómo habían sucedidos los hechos y cuáles habían sido los nefastos resultados. Que había habido heridos en el estadio de Bucaramanga dentro de la multitud de aficionados agredidos a tiros de fusil era algo que no requería demostración probatoria porque se trataba de un hecho evidente, que desde ya era parte de la historia de Colombia, teñida por tanta sangre inocente y tanta violencia.

"El informe de todos modos llegó, se ordenó el traslado para alegar, se alegó, se citó para fallo y se falló.

"Los civiles heridos, entre ellos Fernando Prada López, quedaron por fuera del informe.

"Ello sucedió bajo un régimen probatorio inaceptablemente privadístico, que prácticamente desconocía la facultad oficiosa del juzgador para indagar por la verdad y que maniataba a las partes procesales a rígidas y precisas oportunidades probatorias fuera de las cuales nada podían hacer para tratar de que la 'verdad verdadera', no la 'verdad formal', no la 'verdad aparente', fuera la base de los fallos.

"Podría decirse que la parte demandante pudo dentro del proceso probar que Fernando Prada López se hallaba dentro del listado de heridos en el estadio, empleando otros medios distintos de prueba, como los testimonios.

"Este argumento significaría, ni más ni menos, que toda persona que va ya,en Colombia, a un espectáculo público, deberá ir acompañada para que de esta forma haya quienes testifiquen después —en caso de necesidad— sobre su presencia en el sitio del espectáculo.

"No.

"Fernando Prada López no pudo aportar testigos de su presencia en el estadio de fútbol aquella tarde sencillamente porque iba solo, y tenía derecho a ir solo, como van solos a muchos espectáculos cientos y miles de ciudadanos en Colombia o en muchas partes del mundo.

"Hay, en cambio, otro hecho que sí quiero destacar en este escrito.

"Me refiero a que el nombre de Fernando Prada López debía haber quedado registrado en el libro de estadística que debe llevar —y efectivamente lleva— la Policía Nacional, sobre ingreso de personas heridas al Hospital del Estado, precisamente para efecto de ayudar en las investigaciones penales. Ese registro debe contener, además, y como es apenas obvio, el nombre de la persona que conduce al herido y el sitio de donde el lesionado proviene o es llevado al hospital estatal.

"Una persona herida inmediatamente asocia la idea de un hecho violento, posiblemente un delito, sin que ello signifique que la persona pudo haberse lesionado accidentalmente o en forma voluntaria. Pero como es deber de las autoridades indagar al menos, a fin de poder precisar si hubo lo uno o lo otro, el Código de Procedimiento Penal de Colombia, en su artículo 345, ordena que:

> "Toda persona persona a cuyo cargo se encuentre un hospital, casa o puesto de salud, clínica u otro establecimiento similar, sea público o particular, dará cuenta inmediatamente a la autoridad competente de la entrada de cualquier individuo que tenga heridas o lesiones corporales, indicando brevemente el estado del paciente y dando la relación que hagan él o las personas que le hubieren conducido, acerca del origen de dichas lesiones y del lugar y estado en que se hubiere encontrado.
>
> "En ausencia del jefe del establecimiento, dará cuenta el que lo reemplace en el momento de la entrada del enfermo".

"La norma transcrita está dirigida evidentemente a la persona que dirige el hospital o a quien lo está reemplazando en su ausencia. Sin embargo, como 'la Policía Nacional está instituida para proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia' y, además, para 'cooperar en la investigación de delitos y contravenciones' (Decreto 2347 de 1971, art. 2º), la institución ha establecido puestos de vigilancia y control en la puerta de los hospitales estatales, o por lo menos de los de las capitales de departamento, como ocurre en el Hospital Ramón González Valencia, de Bucaramanga.

"Allí están destacados varios uniformados que en su propio Libro de Registro o Estadística cumplen lo ordenado por

el artículo 345 del C. de P. P. Esta tarea debe entenderse, entonces, como parte fundamental del servicio de policía, como contribución valiosa de la Policía Nacional a la Administración de justicia, particularmente en el ramo del derecho penal. Tarea que, por lo demás, se constituye en un desarrollo práctico de la preceptiva contenida en el artículo 12 del C. de P. P., según el cual 'El funcionario o empleado público que de cualquier manera tenga conocimiento de un hecho que pueda constituir infracción penal y cuya investigación debe iniciarse de oficio, la iniciará sin tardanza si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente, haciendo una relación suscinta del suceso con todos los pormenores que interesen a la justicia, los elementos probatorios recogidos, y cuando fuere posible, indicando las generalidades del presunto sindicado, de la persona ofendida, de los testigos, y de todo lo que sea conducente a su identificación'.

"Actividad que —digamos finalmente— contribuye a la captura de delincuentes heridos en operativos policiales, los cuales son aprehendidos cuando forzosamente acuden a estos centros asistenciales en busca de ayuda médica.

"Por la trascendencia de esta función, se comprende fácilmente el cuidado y esmero que la misma supone.

"No se trata de llenar con desgreño un Libro de Registro, o de Control, o de Estadística, o como se llame, anotando simplemente los nombres de quienes ingresan heridos al hospital. Hay una serie de datos que deben ser también escrupulosamente apuntados, si se quiere que la misión que se impuso la Policía Nacional al establecer estos puestos verdaderamente se cumpla y sirva para algo más tarde.

"Porque para qué le puede servir a la justicia penal un libro llevado por la Policía Nacional y en el cual escasamente consten los nombres de las personas que son llevadas heridas a un hospital?

"Los policías apostados a la entrada del hospital no están allí para que sirvan de adorno, menos cuando el presupuesto nacional apenas sí alcanza para pagar sus salarios y la inseguridad reinante en otras zonas citadinas justificaría más bien su presencia allí y no en el hospital.

"Los policías apostados a la entrada del hospital están allí para que controlen y registren cuidadosamente el ingreso de heridos, a fin de que más tarde sus informes, claros, completos y fidedignos, puedan servir como cabeza de los procesos o como auxilio probatorio para los jueces instructores.

"Si cumplen mal esta tarea elemental, están incurriendo en incumplimiento de sus deberes y en una verdadera 'falla del servicio'.

"Resulta por todo ello definitivamente inaceptable que el honorable Tribunal Administrativo de Santander se vea precisado a escribir en la sentencia lo que sigue:

> "Se sabe, por el informe médico que Fernando Prada ingresó al servicio de urgencias del Hospital Ramón González Valencia el día 11 de octubre de 1981 para ser tratado 'por herida con arma de fuego' (fl. 33).
>
> "Sin embargo, nada se dice acerca del tipo de proyectil que le causó la herida ni tampoco del lugar donde tuvieron ocurrencia los hechos que dieron origen a sus lesiones. Al respecto sólo obra en el informativo un recorte de periódico donde se menciona a Fernando Prada como una de las personas que ingresaron al Hospital González Valencia 'con heridas de consideración' (fl. 18)..." (fl. 72).

"Y más adelante recalca que 'ni se sabe quién quién (sic) lo condujo al centro hospitalario' (fl. 72).

"Ahora bien: el actor solicitó en la demanda la siguiente prueba documental:

"Solicito que se oficie al mismo jefe de información del aludido centro hospitalario, para que envíe la copia completa de la historia clínica 220826 correspondiente a Fernando Prada, para establecer cómo entró al hospital, quién lo llevó y dónde había sido herido. En especial para que conste la anotación del puesto de guardia de la policía en urgencias; sobre procedencia del herido (fl. 46, cdno. 1).

"Dicha prueba fue decretada por el honorable magistrado sustanciador del Consejo de Estado (fl. 4, cdno. 2).

"El doctor Félix Arturo Mora Villate, secretario de la Sección Tercera, en cumplimiento del auto dictado por el magistrado sustanciador, remitió el oficio número 725 de abril 14 de 1983 al 'señor jefe de información del Hospital Ramón González Valencia. Bucaramanga' (fl. 9 y 9 vto., cdno. 2). Este le contestó con el oficio de fecha mayo 16 de 1983 visible al folio 16, cuaderno 2, remitiéndole la documentación que obra a los folios 17 a 61 vto., del cuaderno 2, la cual, aparte de los aspectos médicos, solamente reporta que Fernando Prada López 'consultó al servicio de urgencias el 11 de octubre de 1981, por herida con arma de fuego' (fl. 33).

"Pues bien: Si, como quedó visto, la prueba solicitada, decretada, y que el señor secretario de la Sección Tercera cumplió en lo que a él le correspondía, indagaba no sólo por los aspectos puramente médicos relativos al paciente Fernando Prada López sino, además, por 'cómo entró al hospital, quién lo llevó y dónde había sido herido. En especial para que conste la anotación del puesto de guardia de la policía en urgencias sobre procedencia del herido', es claro que la prueba de la actora se cumplió a medias por parte de quien o de quienes, al interior del hospital, debían tramitarla, bien porque no se consultó el dato pedido o porque sencillamente no lo hallaron. Si acontenció lo primero, la culpa fue del jefe de información del hospital, a quien iba dirigido el oficio. Si sucedió lo segundo, la culpa fue de los agentes de policía encargados del puesto de guardia instalado a la entrada del hospital. En ningún caso (es lo que quiero resaltar) la culpa fue de la parte actora.

"En resumen, dos informes oficiales solicitados por la parte demandante como pruebas documentales (pruebas que fueron, a su vez, debidamente decretadas) resultaron *informes incompletos:* el del comandante de la Quinta Brigada, por no relacionar a los civiles heridos durante los hechos (entre ellos Fernando Prada López); el del jefe de información del hospital Ramón González Valencia, por mencionarlo como paciente que ingresó a urgencias el día de los hechos, herido de bala, pero sin detallar los demás aspectos, como quién lo había llevado y de dónde lo traían.

"Sobre estas bases probatorias, el honorable Tribunal Administrativo de Santander dictó su sentencia de fondo.

"Y ante la realidad procesal de que el informe de la Quinta Brigada no mencionaba a ningún civil herido (y obviamente tampoco a Fernando Prada López), de que el informe del Hospital Ramón González Valencia sólo refería el ingreso de Fernando Prada López a urgencias, ese mismo día 11 de octubre de 1981, con heridas de bala, pero no explicaba la procedencia del herido ni quién o quiénes lo habían llevado y, finalmente, de que ninguno de los testigos que declararon en el proceso manifestó haber visto a Fernando Prada López en el estadio 'Alfonso López' el día y a la hora de los hechos, y mucho menos haber visto cuando lo hirieron, la Corporación decidió denegar sus pretensiones indemnizatorias.

"No corresponde a este recurso extraordinario de revisión entrar al análisis crítico del fallo en sí, porque esto no es un alegato de segunda instancia.

"Permítanseme, sin embargo, sólo unas brevísimas consideraciones:

"La una, que el Tribunal fallador, al hablar de los informes de prensa aportados por el actor, solamente se refirió al visible al folio 18 del cuaderno 1, donde se lee que 'Al Hospital González Valencia fueron llevados con heridas de consideración', entre otros 'Fernando Prada', para concluir que ello 'sólo constituye un leve indicio de que la persona allí mencionada y el demandante principal tengan la misma identidad' (fl. 72), cuando realmente a Fernando Prada López (con sus apellidos completos) se le mencionaba en otros apartes de la prensa aportada con la demanda, como, por ejemplo, en la crónica visible al folio 36, y al folio 37 (ambos del cdno. 1) aparece otro aparte de la prensa donde vemos no sólo su nombre completo sino, además, su fotografía.

"En todos estos apartes, la prensa relata que a Fernando Prada López 'una bala le quebró la columna y lo dejará inválido' (fl. 37, pie de foto).

"Dudar de que el Fernando Prado López que apareció en el periódico fuera el mismo Fernando Prada López que ingresó, herido de bala (precisamente en la columna), al servicio de urgencias del Hospital González Valencia, de Bucaramanga, justamente el 11 de octubre de 1981; y luego de los hechos del estadio, fue una actitud demasiado rigorista del Tribunal fallador, en mi modesto entender.

"Pero, en fin: lo que verdaderamente interesa destacar aquí es la forma *determinante* como influyó en el fallo la exclusión de Fernando Prada López en el informe oficial enviado al Consejo de Estado por el comandante de la Quinta Brigada en relación con los resultados del operativo militar y la escasez de datos registrados en el informe oficial remitido por el jefe de información del Hospital Ramón González Valencia, así como también el hecho evidente de que la falla probatoria no se le puede imputar a la parte demandante sino al Estado, o por lo menos a funcionarios suyos.

"Es claro que para las fechas en que los informes arribaron al expediente (junio 16 de 1983 el de la Quinta Brigada y mayo 20 de 1983 el del hospital —fl. 95, cdno. 2 y 16, cdno. 2, respectivamente—) a la parte actora se le habían vencido hacía rato las oportunidades para solicitar pruebas, y su única conducta procesal posible (en estricto derecho) era esperar el traslado para alegar de conclusión, salvo, lógicamente, su participación en la práctica de la prueba testifical.

"Pero la propia Quinta Brigada, a través de su comandante, viene a certificar más tarde, el 18 de noviembre de

1986, tal y como quedó visto en el capítulo de *'Hechos y omisiones fundamentales de la acción o del recurso'* (ord. 9º *in fine*) de este escrito, que el ciudadano Fernando Prada López figura como lesionado en los hechos del estadio de fútbol 'Alfonso López', de Bucaramanga, sucedidos el 11 de octubre de 1981.

"Se presenta entonces la *situación probatoria nueva, que* es la esencia del recurso de revisión. Esta situación es creada por una *prueba documental;* una prueba que estuvo *ausente* del proceso en su única instancia ordinaria; que lo estuvo por causa *no imputable al recurrente* (en este caso el actor) y una prueba, en fin, cuya ausencia fue *determinante* en el fallo, o mejor, en la decisión de fondo que se tomó, a un punto tal que, si ella hubiere existido al momento del fallo dentro del proceso en debida forma, la decisión hubiese sido justamente la contraria.

"Porque ya vimos que tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Administrativo de Santander consideraron que en los hechos del estadio de Bucaramanga *sí hubo falla del servicio* al disparar la tropa armas de fuego de gran potencia dentro de un escenario deportivo lleno de gente, con el agravante de haberlo hecho contra las personas que corrían por las graderías, tratando de ganar la salida.

"Ese punto, pues, no se discute.

"Lo que se discute es si Fernando Prada López fue o no fue uno de los tantos heridos que arrojó como resultado el operativo militar, aparte de los muertos.

"Gracias al incompleto informe militar que llegó al proceso durante la etapa probatoria, este hombre se quedó por fuera de los beneficios de una indemnización de perjuicios que sí cobijó, en cambio, al resto de demandantes.

"Pero como ahora esa información, que fue mantenida oculta durante el proceso, ha sido recobrada, rescatada, recuperada, cuando la propia Quinta Brigada la ha dado a través de un documento público, Fernando Prada López debe verse favorecido con la correspondiente indemnización del Estado, que le fue negada a él por causas totalmente ajenas a su dominio. Lo 'recobrado' no es el papel, físicamente hablando, que aportamos como 'pieza decisiva' sino el *contenido* del mismo, que es lo importante, la *información* que el mismo contiene, el *hecho histórico* que él encierra y que el Estado ocultó: Fernando Prada López sí fue herido en el estadio el 11 de octubre de 1981 *y no en otra parte*, que fue en esencia, la duda planteada en el fallo por el Tribunal santandereano.

"Vale la pena insertar aquí las palabras de un gran jurista colombiano, sacrificado por los violentos en pleno cumplimiento de su deber y dentro del Palacio de la Justicia:

> "El recurso de revisión encuentra su motivo esencial en el profundo conocimiento de la naturaleza humana. El hombre como tal, por su innata imperfección, está propenso a cometer errores con sus semejantes. El juez es un hombre y puede, en efecto, equivocar sus decisiones. Por eso no es raro que la sentencia, como obra suya, resulte errónea.
>
> "El reconocimiento de la falibilidad del juez hace de la revisión la más sobresaliente expresión de la madurez de un pueblo. Sólo por una decantada cultura jurídica se puede llegar a comprender la urgencia de un medio legal que permita remediar el agravio con un acto paralelo de justicia que restituya las cosas a su estado natural.
>
> "Se podría pensar que estas razones, sustentadoras del recurso, atacan la fe de los asociados en la certeza de la justicia. Sin embargo, el mantenimiento de un fallo inicuo constituye factor de alarma social, de recelo y desconfianza en las instituciones. En cambio, la posibilidad de su remoción, por encima de todo criterio formalista, restablece el sentimiento de seguridad en las decisiones judiciales, porque las gentes saben que su inocencia está protegida contra los posibles desafueros de la administración de justicia..."
>
> "El propósito angular del derecho probatorio es reconstruir los hechos, tal y como se dieron en la vida real, para aplicarles el derecho en la medida que les corresponde. Y, precisamente, el recurso de revisión es el único medio de impugnación que permite atacar la cosa juzgada cuando proyecta un juzgamiento alejado de la realidad, no coincidente con la verdad histórica. Dicha impugnación desata un debate probatorio, en el que afanosamente se busca la 'verdad verdadera' que no se pudo tener en cuenta y cuyo desconocimiento ocasionó una condenación injusta" (Calderón Botero, Fabio. Casación y revisión en materia penal 2ª edición. Librería del Profesional. Bogotá, 1985, págs. 269 y 270; 279).

"Estas frases, escritas para el recurso extraordinario de revisión en materia penal, resultan, sin embargo, nítidamente aplicables para el recurso extraordinario de revisión en

cualquiera otra rama de las disciplinas jurídicas incluida, claro es, la del Derecho Administrativo.

"También en este campo se busca la 'verdad verdadera' para deducir de ella (y no de una simple verdad formal o aparente) las consecuencias jurídicas correspondientes.

"Pues bien: la 'verdad verdadera', la verdad real, la verdad histórica, en una palabra *la verdad*, en el caso que nos ocupa, es que Fernando Prada López fue herido de bala el día 11 de octubre de 1981 y por tal razón ingresó al servicio de urgencias del Hospital Universitario Ramón González Valencia, de Bucaramanga (verdad que no se discute por estar probada en el proceso), pero lo fue en los hechos del estadio 'Alfonso López' y no en lugar diferente (verdad que el informe militar ocultó); o sea, lo fue en aquellos terribles episodios cuando tropas del Ejército entraron a la gramilla y abrieron fuego contra los aficionados, y no en otra parte. Es decir, que Fernando Prada López fue herido (lesión que habría de dejarlo paralítico para siempre) en los mismos hechos en que fueron muertos Germán Martínez Robayo, Luis Hernando Ortegón Ariza y Leonel Cala Suárez, cuyos familiares demandaron a la Nación y obtuvieron sendas indemnizaciones. No la obtuvo, en cambio, Fernando Prada López, por las razones reiteradamente anotadas en este libelo.

"Ahora, cuando una prueba documental emanada del propio Estado nos muestra la verdad total, la revisión de la sentencia se impone para dar paso a la justicia. Justicia que es —como la definió bellamente, tal vez sin proponérselo, el Divino Maestro— 'dar a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César'. Justicia que es darle a cada quien lo que le corresponde. Justicia que obliga a indemnizar a Fernando Prada López así como se indemnizó a los familiares de los que murieron al lado de él sin más armas que sus gritos de 'gol', ahogados por la fusilería" (fls. 11 a 46, cdno. núm. 1).

II

Conducta procesal del apoderado de la Nación Ministerio de Defensa Nacional:

A folios 58 y siguientes del cuaderno número 1, aparece el escrito en que el apoderado de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, hace sus valoraciones jurídicas y fácticas para atacar la perspectiva desde la cual el demandante ha estudiado el caso. En lo sustancial del mismo se precisa:

"Oposición a la revisión:

"1. El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil prescribe que 'incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...'. De suerte que correspondiendo la carga de la prueba a quien de sus afirmaciones pretende derivar el reconocimiento del derecho alegado, el incumplimiento de ese deber le puede generar el desconocimiento del mismo.

"Por su parte la jurisprudencia del honorable Contencioso Administrativo sobre el particular ha dicho que el juez decide conforme a lo probado y demostrado en el juicio y, también que en virtud del principio universal de la carga probatoria '*onus probandi*' es a la parte actora a quien corresponde la diligencia de la demostración de los hechos aportados en su libelo.

"2. En el escrito de demanda, Capítulo de Pruebas documentales, literal g), numerales 1º, 2º y 3º aparece que el actor solicita que se oficie al señor comandante de la Quinta Brigada, en procura de la siguiente información:

"g) Que se oficie al señor general comandante de la Quinta Brigada, con sede en Bucaramanga para que, con destino al proceso se sirva expedir certificado de: 1º Número de unidades militares (oficiales, suboficiales y soldados) que fueron enviados para que tomaran parte en la operación realizada en la tarde del 11 de octubre de 1981 en el 'Estadio Alfonso López' de Bucaramanga. 2º Orden dada a esas unidades por el comandante o encargado de su envío al lugar de los hechos e informe presentado por el comandante de esas unidades sobre el resultado de la expresada operación, así como del número o cantidad de munición disparada en cumplimiento de la misión. 3º Informe sobre la investigación que al efecto fue adelantada por la Justicia Penal Militar adscrita a la Quinta Brigada, sobre los precitados hechos'.

"A folios (3, 4 y 5, cdno. 2) aparece el auto dictado el 25 de marzo de 1983, en el cual se decretan las pruebas por el demandante.

"A folios 13 y 14 cuaderno 2, obra el oficio número 729 de abril 14 de 1983, escrito por el secretario general del honorable Consejo de Estado dirigido al comandante de la Quinta Brigada, y en el cual se solicita la información requerida, en los mismos términos empleados por el actor en su escrito de demanda.

"La Brigada atendió la orden impartida por el honorable Consejo de Estado y en oficio número 016 de 11 de mayo de 1983 (fls. 94, 95, 96 y 97) dio cumplimiento enviando la información solicitada.

"En ninguna parte del proceso parece que esta información haya sido cuestionada por el accionante en virtud de hallarse incompleta o falsa, por el contrario a folios 58, cuaderno 1, aparece un memorial fechado el 12 de noviembre escrito por el señor apoderado del actor doctor Fabio Ramírez Alfonso y de cuyo texto se extrae lo siguiente:

> "Como se han practicado todas las pruebas y en mi modesto parecer existe la suficiente ilustración pido respetuosamente que se de traslado para alegar para proceder luego a dictar sentencia".

"Tal actuación permite deducir que: o bien el contenido de la información enviada por la Brigada, se halla conforme con los requerimientos formulados por el actor, o bien, hubo negligencia por parte del señor apoderado al no pedir que se completara o aclarara el informe rendido por la Quinta Brigada, desde luego, no existe ningún precepto jurídico que ordene al demandante repetir una y otra vez su petición hasta que la prueba se cumpla bien; sin embargo, existe el Código Etico del Abogado que lo obliga a atender con celosa diligencia sus encargos profesionales.

"Lo mismo ha de decirse en relación con el informe enviado por el Hospital Rondón (sic) González Valencia.

"El honorable Consejo de Estado— Sala de lo Contencioso Administrativo—, Sección Tercera, auto de febrero 8 de 1979 —Expediente número 2400, recurso de súplica— consejero ponente, doctor Jorge Dangond Flórez.

> "Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo— Sección Tercera —auto de febrero 8 de 1979—. Expediente número 2400. Recurso de súplica. Consejero ponente, doctor Jorge Dangond Flórez.
>
> "Por eso en el Código de Procedimiento Civil se expresó que 'sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formulación del convencimiento del juez' y no agregó que éste puede practicar las no previstas en tal estatuto pero 'de acuerdo con

las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio', y siempre, claro está, que las pruebas se ciñan al asunto debatido, que no estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se trate de manifestaciones superfluas (arts. 175 y 178). En el proceso contencioso administrativo se impone el mismo criterio máxime si se tiene en cuenta que la Ley 167 de 1941 no contiene un régimen general probatorio y por ello hay que acudir al Código de Procedimiento Civil para aplicar sus normas en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y de las actuaciones correspondientes.

"El artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, invocado en el auto recurrido para denegar la solicitud de certificación de la Cámara Colombiana de la Construcción, dice:

"Los tribunales y jueces podrán solicitar de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos a los médicos legistas, a la Policía Judicial y en general a las entidades y oficinas públicas que dispongan de personal especializado, sobre hechos y circunstancias de interés para el proceso.

"Tales informes deberán ser motivados y rendirse bajo juramento que se entenderá prestado por el sólo hecho de la firma; y se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres días, para que puedan pedir que se completen o aclaren.

"En realidad esa disposición se refiere a informes técnicos de entidades oficiales y a la Cámara Colombiana de la Construcción pero la sola decisión cree útil, en este caso, la utilización de este medio probatorio para traer al proceso una constancia o información especial sobre un hecho relacionado en la demanda.

"3. Vemos entonces que el accionante estaba revestido de instrumentos legales y jurisprudenciales para que en caso de que los informes presentados por el comandante de la Brigada y el Hospital Ramón González Valencia, estuvieran incompletos, haber solicitado oportunamente al honorable Tribunal Administrativo para que hubiera ordenado a las entidades nombradas, elaborarlos nuevamente, desde luego, incluyendo la información omitida en el informe inicial. Pero

como ésto no sucedió, tal descuido es imputable a negligencia de la parte actora, pues durante toda la etapa probatoria tuvo la posibilidad de aportar y perfeccionar el haz probatorio, de tal manera que no es válido inculpar a la parte demandada porque las pruebas no suplieron los intereses del actor.

"La causal de revisión:

"La causal de revisión invocada y sobre la cual el accionante apoya sus pretensiones es la señalada en el numeral 2º del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo y cuyo texto es:

> "Cuando se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente".

"Del estudio del proceso, se deduce que la constancia en que el actor funda su recurso (fl. 8) expedida por la Quinta Brigada, no se trata de una pieza recobrada, puesto que los antecedentes que rodearon los hechos, estuvieron siempre a disposición de quienes quisieran y si bien dentro del proceso no figura que Fernando Prada López hubiera sido herido dentro de esos hechos, sencillamente obedece a que el actor en ningún momento requirió tal información.

"El oficio número 106 de mayo 11 de 1983, originario del Comando de Brigada que da cumplimiento a lo requerido por el honorable Consejo de Estado con oficio número 729 de abril 14 de 1983, encontramos que toda la información fue remitida guardando estricta consonancia con los pedimentos del actor, tanto es así: que se contestó punto por punto, además de agregarse fotocopias del oficio número 002567 de octubre de 1981, contentivo del informe rendido por el oficial de inspección del batallón, sobre los hechos del Estadio Alfonso López.

"Tampoco puede aducirse que la constancia emitida por la Quinta Brigada, constituya una prueba decisiva para que pueda producirse una decisión diferente, ya que ésta se limita a registrar únicamente, que dentro del proceso número 0273 en averiguación de responsables, el actor figura como lesionado, pero nunca afirma que las lesiones fueron producidas por hombres del Ejército o con armas exclusivas de las Fuerzas Militares.

"Reiteramos que el documento en que se funda el recurso de revisión no es una 'pieza recobrada', en virtud a que la información que contiene estuvo siempre en posibilidad

de ser consultada por el actor, ahora; si éste no estuvo conforme con la información rendida por la Brigada, debió proceder de conformidad con las pautas que le brinda la ley para haber solicitado la aclaración, la adición o la corrección de aquéllos.

"Estas circunstancias llevaron al fallador de única instancia a proferir la sentencia recurrida, desde luego, obrando en defensa de la equidad y la justicia, con base eso sí, en la claridad que le brindaron las pruebas traídas y controvertidas dentro del proceso.

"Por todas estas consideraciones el Ministerio de Defensa Nacional solicita a esa honorable Corporación *no revisar la sentencia* de diciembre 13 de 1984, proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Santander, en consecuencia se nieguen las súplicas de la demanda".

III

Vista fiscal:

La Fiscal Segundo de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en su concepto de fondo, observa:

"Estudiado el presente asunto, esta Fiscalía se permite observar lo siguiente:

"Al folio 81 del anexo 1 aparece la copia auténtica de la sentencia de fecha 25 de mayo de 1985 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander en el proceso iniciado por Fernando Prada López.

"La anterior providencia realizó el análisis del caso, comenzando por referirse a los hechos sucedidos el día 11 de octubre de 1981 en el estadio de Bucaramanga. Luego se remite al informe rendido por el comandante de la Quinta Brigada en donde se menciona el número de militares que participó en los hechos y la cantidad de cartuchos que fueron disparados. Se indica allí, que en la acción perecieron cuatro (4) civiles y fueron heridos nueve (9) miembros de la tropa y capturados diez (10) civiles que tiraban piedras.

"Luego de transcribir el oficio anterior, el Tribunal afirma: 'En parte alguna del expediente existe una relación oficial de los civiles heridos en la contienda'.

"Otra prueba que analizó el sentenciador de instancia, fue el informe médico, para concluir así mismo que de él

no se puede deducir las circunstancias en que Prada López fue lesionado.

"En relación con los testimonios la conclusión fue similar, pues ninguno de los testigos presenció los hechos en que resultó herido el actor.

"La sentencia termina afirmando: 'Ante esta circunstancia el Tribunal no encuentra probada a plenitud la necesaria relación de causalidad que debe demostrarse entre el hecho, la acción o la omisión del Estado que constituye la falta o falla del servicio y el perjuicio sufrido por quien reclame una indemnización a título de responsabilidad extracontractual...'. '...En el caso que afecta al ciudadano Fernando Prada no aparece comprobado en el informativo que su lesión corporal le fue causada por los proyectiles disparados en la luctuosa tarde de 11 de octubre de 1981 por efectivos del Ejército Nacional; si bien es cierto que ingresó herido por arma de fuego ese mismo día al Hospital Ramón González Valencia no se demostró que su herida le hubiera sido causada en el Estadio Alfonso López ni que el proyectil que la ocasionó haya sido disparado por un arma de uso privativo de las Fuerzas Militares'.

"Estudiada la sentencia, este despacho encuentra que realmente fue determinante el informe del comandante de la Quinta Brigada, y en especial el hecho que destaca el recurrente, de no haberse incluido en dicho informe el número de heridos civiles que dejó como saldo la acción protagonizada por los miembros del Ejército.

"Para el Tribunal no existe duda sobre la existencia de los hechos, que aún cuando específicamente no los califica como constitutivos de la falla del servicio, lo da a entender.

"Tampoco niega, que el actor haya padecido un perjuicio, pues admite la certificación de la clínica que da cuenta de la lesión que padeció el actor.

"Lo que a juicio del Tribunal no fue plenamente establecido fue la relación de causalidad entre el hecho generador del perjuicio y el daño producido, pues no se probó que la bala que hirió a Prada López la hubiera recibido en el estadio el día 11 de octubre de 1981.

"La sentencia recurrida, como acertadamente lo dice el representante del actor, negó las peticiones de la demanda, al fundamentarse principalmente en el informe inicial que expidió el comandante de la Quinta Brigada. De haber existido claridad y precisión en el mismo, en el sentido de indicar

que también el civil Fernando Prada López resultó herido en los sucesos de 11 de octubre de 1981 ocurridos en el estadio Alfonso López, el fallo del Tribunal habría tenido que admitir la relación de causalidad entre el hecho generador del perjuicio y el daño que sufrió el actor.

"El nuevo informe, ya ampliado en la forma en que se logró obtener, constituye realmente una prueba decisiva para cambiar fundamentalmente la sentencia del Tribunal. Fue obtenida como se desprende de su fecha de expedición, después de haberse proferido el fallo del Tribunal, cumpliéndose así con los requisitos que exige el ordinal 2º del artículo 188 y con la interpretación que ha hecho la Corporación de esa norma.

"El conductor del proceso durante el trámite de la única instancia, ha podido insistir en la aclaración o en la ampliación del mencionado informe, si como bien lo afirma en la sentencia, existían indicios surgidos de otras pruebas que permitían pensar que las heridas que sufrió el señor Prada López fueron recibidas en los hechos de 11 de octubre de 1981.

"Es un hecho que en casos como el presente no se debe sacrificar el derecho por un rigorismo en la valoración de la prueba.

"A juicio de esta Fiscalía, la causal invocada por el recurrente debe prosperar y la sentencia debe ser revocada y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda" (fls. 67-70, cdno. núm. 1).

IV

Consideraciones de la Sala:

A) La Sala procede al estudio de la única causal invocada por el recurrente que, como lo precisa muy bien, en el libelo, es la contemplada en el numeral segundo del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, que a la letra reza:

> "Cuando se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente".

Confrontada la realidad procesal con la normatividad anterior, el fallador encuentra que dentro del informativo quedaron bien demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

Primera. Que el día veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), el Tribunal Administrativo de Santander denegó las súplicas de la demanda presentada por los señores Fernando Prada López, Efraín Prada, Graciela López de Prada, Efraín, Henry y Martha Gladys Prada López, Clemencia, Maritza y Nancy Prada López, por las razones que se precisan en el referido proveído, siendo determinante el hecho de que el informe rendido por el señor comandante de la Quinta Brigada del Ejército, con sede en Bucaramanga "...carece de estadísticas acerca de los espectadores que resultaron heridos en la contienda...", lo que lo lleva a concluir, en otro aparte de su proveído: "En el caso que afecta al ciudadano Fernando Prada no aparece probado en el informativo que su lesión corporal le fue causada por los proyectiles disparados en la luctuosa tarde de 11 de octubre de 1981, por efectivos del Ejército Nacional; si bien es cierto que ingresó herido por arma de fuego ese mismo día al hospital Ramón González Valencia no se demostró que su herida le hubiera sido causada en el Estadio Alfonso López ni que el proyectil que le ocasionó haya sido disparado por un arma de uso privativo de las fuerzas militares".

Segunda. Que la demanda que dio origen al presente proceso se presentó ante el Consejo de Estado, el día veintitrés (23) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982), habiendo sido remitido por éste al *a quo* a raíz de la expedición del nuevo estatuto de lo contencioso administrativo (Decreto 01 de 1984) y que en el rubro de la misma intitulado *"Medios probatorios..."* 2º *"Documentaria"* el apoderado de la parte actora solicitó:

> "g) Que se oficie al señor general comandante de la Quinta Brigada, con sede en Bucaramanga, para que, con destino al proceso, se sirva expedir certificado de:
>
> "1. Número de unidades militares (oficiales, suboficiales y soldados) que fueron enviadas para que tomaran parte en la operación realizada en la tarde de 11 de octubre de 1981 en el Estadio 'Alfonso López' de Bucaramanga.
>
> "2. Orden dada a esas unidades por el comandante o encargado de su envío al lugar de los hechos e informe presentado por el comandante de esas unidades *sobre el resultado de la expresada operación,* así como del número o cantidad de munición disparada en cumplimiento de la misión" (subrayas de la Sala).

Tercera. Que decretada la prueba anterior, el comandante de la Quinta Brigada la evacuó con el oficio que obra al folio 94 del anexo número dos, calendado el 11 de mayo de 1983, en el que sólo en parte informa sobre *"el resultado de la expresada operación"*, siendo más

ilustrativo el informe que el oficial de inspección le rindió al alto oficial el día doce (12) de octubre de mil novecientos ochenta y uno (1981) (anexo 2, fl. 96), en el cual al menos se destaca:

"2. Entre el personal civil según reporte de la policía hubo los siguientes muertos:

"José Germán Martínez Robayo.

"Hernando Ortegón Ariza.

"René Cala Suárez.

"N. N.

"3. Del personal militar fueron heridos los siguientes miembros:

"CS. Pinzón Osorio Absalón.

"SL Cano Díaz César Emilio.

"SL Matajira Durán José Alvaro.

"SL Becerra José Darío.

"SL Rodríguez Ocampo Pedro Luis.

"SL Moreno Jaimes Reinaldo.

"SL Muñoz Murcia Héctor.

"SL Pinto Armando.

"SL Londoño Montoya José.

"4. Fueron capturados diez (10) civiles, quienes fueron sorprendidos tirando piedras" (anexo 2, fl. 97).

Cuarta. Que dentro de la actuación orientada a recobrar la pieza decisiva, con apoyo en la cual el impugnante aspira a la invalidación de la sentencia, el apoderado de la parte actora, en ejercicio del derecho de petición tuvo necesidad de dirigirse al Procurador Regional de Bucaramanga, el día once (11) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986), para impetrarle que esa dependencia solicitara del comandante de la Quinta Brigada "...una *certificación oficial* acerca de si el señor Fernando Prada López aparece o no en la lista de civiles que fueron *heridos* por el Ejército en el interior del estadio, o que se digne suministrar por escrito, a la Procuraduría, esa lista" (cdno. 2, fl. 44), pues en la Auditoría Principal de Guerra se le había negado, invocando las siguientes razones:

"a) Darla, violaba la reserva del sumario.

"b) La certificación debía pedirla directamente la autoridad judicial competente, en este caso, el honorable Consejo de Estado" (cdno. 2, fl. 42).

Quinta. Que el Procurador delegado de las Fuerzas Militares, en oficio número 001071 de cinco (5) de marzo de 1987, se dirigió al señor comandante de la Quinta Brigada, solicitándole la siguiente información:

> "1. Si el señor Fernando Prada López fue herido con bala de fusil durante los hechos registrados en el Estadio de Fútbol 'Alfonso López' de esa ciudad el día 11 de octubre de 1981.
>
> "2. Qué personas perdieron la vida y quedaron heridas en dicho incidente, si el señor Prada López aparece en la lista de heridos.
>
> "3. Cuál es el motivo por el que ese comando o la Auditoría Principal de Guerra se negaron a expedir certificación al doctor Oscar Humberto Gómez Gómez, en la que constara que el señor Fernando Prada López sí había sido herido en los accidentes mencionados" (cdno. 2, fl. 53).

Sexta. Que en respuesta a la comunicación anterior, el señor comandante de la Quinta Brigada dirigió al señor Procurador delegado de las Fuerzas Militares, el oficio número 051, de once (11) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), en el cual le informa lo siguiente:

> "1º El señor Fernando Prada López sí figura en el expediente número 0273 en averiguación responsable, como lesionado durante los hechos ocurridos en el Estadio Alfonso López de esta ciudad el día 11 de octubre de 1981. Obra en el expediente a folio 55 del cuaderno original el primer reconocimiento médico legal practicado al mencionado señor, en el que se le concedió una incapacidad provisional de 20 días y a folio 171 del mismo cuaderno se encuentra la definitiva en la que se le otorgó 60 días de incapacidad y como secuelas una perturbación funcional de la marcha no recuperable.
>
> "2º La lista del personal de particulares muertos y heridos durante los hechos es la siguiente:
>
> "*Muertos:* José Germán Martínez Robayo.
>
> "Hernando Ortegón Ariza.
>
> "Leonel Cala Suárez.
>
> "N. N.
>
> "*Heridos*: Fernando Prada López.
>
> "Néstor Raúl Rojas Peña.
>
> "Alberto Molina Rodríguez.

"Alirio Sarmiento.

"Marcos Vega Isidro.

"Luis Francisco Manosalva.

"Wilson Martínez Rodríguez.

"Leonardo Ríos Merchán.

"3º En referencia a la certificación solicitada por el doctor Oscar Humberto Gómez Gómez, me permito comunicarle que el mencionado profesional inicialmente se presentó ante el despacho de la Auditoría Principal de Guerra de la BR-5, solicitando verbalmente una certificación en la que se hiciera constar que el señor Fernando Prada López había resultado herido durante los hechos ya anotados, ante lo cual la señora CT. AB Lucy E. Restrepo de Vargas, auditora principal encargada, le manifestó que para darle trámite a lo pedido se necesitaba que lo pasara por escrito. El día 6 de noviembre de 1986 el doctor Gómez Gómez se presentó ante la Auditoría Auxiliar 30 de Guerra con el referido memorial, por encontrarse en dicha oficina radicado el negocio; se le dio trámite a lo solicitado y con fecha noviembre 14 de 1986 el Comando de la Quinta Brigada, ordenó mediante auto la expedición de la certificación pedida, la cual fue entregada personalmente al doctor Gómez Gómez. Anexo al presente fotocopia auténtica del auto que la ordenó y de la copia de la certificación expedida" (cdno. 2, fls. 56 y 57).

B) Dentro del marco de realidades fácticas que se deja precisado, la Sala encuentra que la causal alegada para la revisión está llamada a prosperar, pues es indiscutible que el apoderado de la parte actora logró recobrar, después de dictada la sentencia de única instancia, una prueba decisiva, como lo es la certificación que finalmente expidió la Quinta Brigada, de cuya lectura se desprende, sin lugar a dudas, que el señor Fernando Prada López sí figura en el expediente número 0273, como lesionado en los hechos ocurridos en el Estadio Alfonso López, el día once (11) de octubre de mil novecientos ochenta y uno 1981).

Resulta incomprensible e inaceptable para el sentenciador, que habiéndose oficiado al señor comandante de la Quinta Brigada, dentro del término probatorio, para que certificara con destino al proceso *"Sobre el resultado de la expresada operación"*, éste se hubiera limitado a dar la información parcial que se recoge en el oficio número 016 de 11 de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983), cuando desde el doce (12) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), el Juzgado Cien (100) de Instrucción Penal Militar dispuso pasar las diligencias sumarias, orientadas a averiguar sobre los responsables

de los delitos de *Homicidio y lesiones* ocurridos en el Estadio Alfonso López al comandante de la Quinta Brigada, quien por auto de dos (2) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982) ordenó la remisión de las mismas a la *Auditoría Auxiliar 30 de Guerra* (anexo 3, fl. 200). En ese informativo, al folio 10, aparece el oficio número 340 de 13 de octubre de 1981, dirigido por el Juez de Instrucción Penal Militar al señor médico legista, en el cual le solicita: "...practicar primer reconocimiento Médigo Legal a los particulares que a continuación se relacionan: ...1. Fernando Prada López...", agregándose en la citada comunicación que: "Los antes citados están recluidos en el Hospital 'González Valencia' de ésta ciudad...". Al folio 171 del anexo 3 obra el segundo dictamen médico legal, fechado el día 18 de noviembre de 1981, en el cual se lee:

"Fernando Prada López

"Examinado nuevamente en el González Valencia presenta:

"Sección medular dorsales 5º y 6º por arma de fuego.

"Incapacidad definitiva sesenta (60) días.

"Consecuencias: perturbación funcional de la marcha, no recuperable.

"Atte. Doctor Alberto Carrillo Villamizar. Legista".

Frente a la realidad que se deja descrita, la Sala se pregunta: Si el alto oficial tuvo en su poder toda la información anterior, la cual ha podido utilizar para expedir una certificación *completa* respecto de los *resultados de la operación militar* que tuvo lugar en el Estadio Alfonso López, por qué causa, motivo o razón la omitió al expedir la certificación que se recoge en el oficio número 016 de 11 de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983)?

Es verdad que al final de ésta comunicación el alto oficial informa que fotocopia de todo el proceso fue remitida a ésta Corporación con oficio número 005-BR5-AA30G-775 de fecha veintiocho (28) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983), pero todo indica que la remisión se quedó en el papel, pues cuando el consejero conductor del proceso ordenó su envío por competencia (Decreto 01 de 1984), al Tribunal Administrativo de Santander, el primero (1º) de noviembre del mismo año (anexo 1, fl. 59), el informativo sólo constaba de dos (2) cuadernos con 41 y 88 folios útiles, como se lee en la nota remisoria que obra al folio 60 del mismo, en ninguno de los cuales obraba tal fotocopia. Queda la sensación, en el sentenciador, de que transitando por esa vía el comandante de la Quinta Brigada, evacuó la prueba como completa, no resultando tal respecto del fin pretendido por el demandante, pues el expediente se quedó huérfano

de ella. Esta realidad permite hablar ahora de *recobro de una pieza decisiva,* pues dentro del período de prueba la Sala dispuso, en auto calendado el tres (3) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), que se oficiara al comandante de la Quinta Brigada (Juez de Primera Instancia) para que a costa del recurrente, se enviara fotocopia auténtica del expediente número 0273, el cual se aportó en fotocopias debidamente autenticadas. Este medio probatorio, unido a la certificación expedida el día once (11) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987) por la Quinta Brigada, a solicitud de la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares, permiten concluir que si el *a quo* hubiese dispuesto de tales medios de convicción, al proferir el fallo de única instancia, su decisión hubiese sido diferente. Por ello el recurso tiene vocación para ser despachado favorablemente.

C) Aunque sería posible al sentenciador, al interpretar la conducta procesal del apoderado de la parte actora, dentro de la actuación de única instancia, hacer algunos cuestionamientos respecto de la tenacidad y diligencia con que él ha debido procurar la mejor práctica de la prueba *recobrada,* dentro de la tramitación del recurso de revisión, la Sala considera que tales posibles censuras no pueden sacrificar el valor justicia, que es de la esencia del derecho y que como bien lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, informa el recurso de revisión. Así, en sentencia de 26 de enero de 1982, magistrado ponente doctor Humberto Murcia Ballén, publicada en "*Jurisprudencia Civil*" 1980-1984. Editorial Tiempos Duros, página 325, se lee:

> "Por estar íntimamente vinculados con el recurso, en la temática de la revisión tiene que aludirse necesariamente a estos dos elementos estructurales del derecho: *La justicia y la seguridad.* Precisamente esta especialísima impugnación está regulada, en todos los sistemas positivos, para aquellos supuestos en que la *seguridad* puede chocar con la *justicia.*
>
> "Y parece indiscutible, ciertamente, que en la lucha entre exigencias de *firmeza y verdad,* ésta debe salir victoriosa; la razón natural parece aconsejar que la necesidad de *firmeza* de los fallos debe ceder, para poder replantear una controversia ya decidida y *establecer el imperio de la justicia,* siempre que esté en presencia de una nueva prueba trascendente o de un hecho nuevo fundamental, desconocidos al emitir la sentencia" (subrayas de la Sala).

Dentro del mismo marco filosófico discurre el doctor Hernando Morales Molina, cuando al precisar el alcance del recurso de revisión y sus notas esenciales predica:

> "Características. La característica básica del recurso de revisión es que busca destruir una resolución judicial que ha hecho tránsito a cosa juzgada. El legislador ha previsto que

en ciertos casos excepcionales *la seguridad de los hechos*, la estabilidad de las sentencias y de los negocios jurídicos, que son el objetivo de la cosa juzgada y que se presentan como valores de rango superior, *deben ceder ante otro valor también de rango superior como es el de justicia*, cuando dichos valores se contraponen, por lo cual la ley, luego de balancearlos, determina cuándo y por qué motivos el primero debe ceder ante el segundo. Por eso dice Manresa que la revisión es 'remedio extraordinario que concede la ley para que se rescinda y deje sin efecto una sentencia firme, *ganada injustamente*, a fin de que se vuelva a abrir el juicio y se falle *con arreglo a la justicia*'.

"Y Chiovenda explica: 'Puede suceder que una sentencia *sea exteriormente justa pero interiormente no*, porque se ha equivocado el razonamiento del juez: exacta la conclusión pero equivocadas las premisas. *La injusticia de la cuestión de hecho* puede derivarse: a) O de la insuficiente demostración de la verdad por la parte y esa insuficiencia depende de falta de prueba, imputable o no al adversario; b) O de la presencia de elementos de decisión objetivamente falsos; c) O de una actividad dolosa realizada por una parte en daño de la otra' (*Estudios de derecho*. Ediciones Rosaristas, pág. 215).

D) Para la Sala es verdad jurídica que en el caso en comento el apoderado de la parte impugnante logró recuperar una prueba documental, única posibilidad que le permitía el manejo de la causal contemplada en el artículo 188 numeral 2º del Código Contencioso Administrativo, lo que afianza la tesis de que el recurso debe prosperar. Sobre el particular la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de veintiséis (26) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986), Expediente número 004. Actor Miguel Antonio García Torres, dijo:

"El Decreto 01 de 1984 contempla en su artículo 188 las causales de revisión de una sentencia, y en su numeral 2º dispone:

> "Cuando se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente".

"En vista de que esta causal no ha tenido aún ningún desarrollo jurisprudencial, la Sala intenta señalar someramente sus alcances, y que tiene que ver con la prueba recobrada, fenómeno procesal un tanto impreciso y excepcional. La causal debe interpretarse, como las restantes del artículo 188, con criterio restrictivo y con referencia a la prueba documental ('piezas' tiene ese alcance) porque es fácil pensar que se refiere a cualquier medio probatorio y que la causal sirve

para suplir la negligencia o el descuido de la parte interesada, quien en la nueva oportunidad aportaría documentos que tenía en su poder o que eran de fácil consecución o pediría testimonios de personas que tenía a su disposición desde un principio o un peritazgo que omitió solicitar.

"No, éste no puede ser el sentido de la prueba recobrada, ya que ésta para valer como tal debe reunir los requisitos que ha destacado la doctrina nacional, en especial el profesor Reyes Echandía, el que anota 'que de haber obrado en el proceso hubiera variado la decisión contenida en la sentencia; que el recurrente hubiera estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportarlos, por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria' ".

Para la Sala ésta última circunstancia fue la que se presentó en el *sub lite*, pues el Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Quinta Brigada del Ejército, tuvo una conducta desganada para la evacuación de la prueba que en el momento procesal oportuno se decretó, y que no fue otra que la expedición de una certificación en que se hiciera constar *el resultado de la operación militar* en que resultó herido, de gravedad, el señor Fernando Prada López. El ente demandado tenía en su poder, como ya se destacó, todos los elementos de juicio para darla en forma completa y detallada, respecto de las circunstancias particulares que interesaban al demandante, pero no la suscribió así, sino recortada o parcial, lo cual incidió fundamentalmente en el alcance del fallo proferido por el *a quo*. Si éste hubiese tenido en su poder la certificación que se recoge en el oficio número 051 de 11 de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), otro habría sido el alcance del fallo, conclusión a la que es fácil llegar habida consideración de que en veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), fecha de la sentencia que se revisa, la falla del servicio ya había sido estudiada y aceptada tanto por el *a quo* como por el Consejo de Estado. En tal sentido pueden verse los fallos proferidos dentro de los procesos números 4212 y 3575, que en fotocopias debidamente autenticadas obran en el cuaderno número 2, folios 7 y siguientes y 78 y siguientes.

N. de R. Bajo circunstancias fácticas distintas la Sala reiteró, en lo esencial, la doctrina referida en materia de prueba recobrada en fallo de septiembre 29 de 1989, Exp. 5312, actor: Omar Torres. Consejero ponente: Doctor J. C. U. A.

E) Dentro del marco de valoraciones jurídicas y fácticas, la Sala procede a dictar el fallo que en derecho corresponda, aplicando por analogía lo preceptuado en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, que así lo dispone, cuando la causal alegada es la contemplada en el numeral primero del citado estatuto, muy similar a la tipifi-

cada en el numeral 2º del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo.

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

"*Declaraciones y condenas:*

"*Primera.* La Nación es responsable de todos los daños materiales como morales, causados a los demandantes con las lesiones de carácter permante y definitivas sufridas por Fernando Prada López, a manos de miembros del Ejército Nacional, según hechos acaecidos el día 11 de octubre de 1981 en el Estadio de Fútbol 'Alfonso López', de la ciudad de Bucaramanga.

"*Segunda.* Como consecuencia de lo anterior, que se condene a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, a pagar a favor de Fernando Prada López, los daños y perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), inclusive los frutos corrientes de lo que se sumen —intereses— compensatorios desde la fecha de producción del perjuicio y hasta la fecha de indemnización, en la cuantía que se demuestre en el proceso; en subsidio, en la cuantía que resulte de la liquidación de la condena en abstracto, que se haga del daño y perjuicio patrimonial.

"En el fallo o en la liquidación pertinente, se distinguirá la indemnización debida o ya consolidada, de la futura a pagar por anticipado y se actualizará y hará presente su valor en la fecha probable de fijación de la reparación en pesos corrientes del día del insuceso, es decir, que se tomará el aumento en el índice de precios.

"*Tercera.* A pagar a todos y cada uno de los demandantes el valor equivalente de mil gramos oro, en la fecha del fallo, para satisfacer los perjuicios morales sufridos.

"*Cuarta.* Los intereses corrientes que resulten a su cargo en el fallo o en la liquidación, desde la fecha en que deba cumplirse y hasta el día en que se haga su pago.

"*Quinta.* La Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 121 y 127 del Código Contencioso Administrativo.

"Hechos que fundamentan la acción:

"Primero. En la tarde del domingo 11 de octubre de 1981, se jugaba en el Estadio 'Alfonso López' de Bucaramanga, un partido profesional de fútbol entre los equipos Atlético Bucaramanga y Atlético Junior.

"Segundo. Tal vez debido a la misma importancia del evento, casi al final del mismo, cuando los ánimos estaban al clímax, el árbitro tomó determinaciones consideradas por el público escandalosas e injustas y algunos muchachos rompieron la malla e ingresaron a la gramilla. Ante ésta invasión, el árbitro declaró finalizado el encuentro e ingresó, amparado por la Policía, con los jugadores a los camerinos. Ni el árbitro, ni los jugadores ni agente alguno, fueron golpeados.

"Por esa abrupta determinación, enardeció aún más a los fanáticos espectadores porque significaba la protocolización de la derrota y aumentaron los gritos.

"La situación había sido dominada por la Policía, pero alguien había dado un exaltado informe a la Quinta Brigada, vecina al estadio y en pocos minutos hizo su ingreso a la gramilla un grupo como de doscientos soldados, cuyas órdenes venían dadas de antemano porque, sin más preámbulos ni protocolos, se tendieron en el césped y comenzaron a disparar hacia las tribunas. La acción eran tan descabellada, que la mayoría de los espectadores creía que se trataba de balas de fogueo. Pero cuando comenzaron a caer heridos, hubo estampida general y algunos rodaron por el suelo golpeados en la espalda por las balas oficiales.

"Los espectadores estaban todos desprovistos de armas pues, como es de reglamento, habían sido requisados a la entrada.

"Tercero. Entre los asistentes al estadio, figuraba Fernando Prada López, quien a pesar de su despavorida fuga, cayó herido en la espalda por un tiro de fusil, en la puerta del estadio.

"Cuarto. La bala oficial penetró a nivel de las vértebras dorsales 5 y 6 y seccionó la médula espinal ocasionando paraplejia flácida con anestesia total. Llevado al hospital se presentaron complicaciones de peritonismo por sección medular, hemoptisis por contusión pulmonar y uretritis.

"Quinto. La paraplejía le ha producido a Fernando Prada López, la pérdida total de la sensibilidad de la cintura hacia abajo en forma tal que no siente las piernas, éstas se le están

atrofiando, perdió el control de los esfínteres y desde luego perdió de por vida su capacidad de erección y cualquier posibilidad de disfrutar de los placeres sexuales, y de tener descendencia.

"*Sexto.* Fernando Prada López, tenía un taller artesanal de lámparas colgantes donde producía aproximadamente quinientas unidades mensuales.

"Tales lámparas eran vendidas por mayor a ciento ochenta pesos ($ 180.00) cada una, a los Almacenes 'Viboral' y 'Hogar' de Bucaramanga y a domicilio a doscientos cincuenta o trescientos pesos, en Bucaramanga, Cúcuta, santanderes y aún en Venezuela. Si se tiene en cuenta que el costo de producción de cada una alcanzaba unos cincuenta pesos incluyendo el trabajo de artesanía, surge que Fernando Prada López tenía una utilidad promedio de ciento treinta pesos en cada lámpara y en el mes con las quinientas se ganaba unos sesenta y cinco mil pesos. El negocio era incipiente, puesto que Fernando Prada López hacía pocos meses había instalado tal industria, pero se estaba abriendo paso rápidamente en los mercados con su participación en ferias artesanales.

"*Séptimo.* A raíz de su lesionamiento y consiguiente invalidez, Fernando Prada López ha venido recibiendo y habrá de recibir hasta su muerte perjuicios económicos resultantes:

"a) De la pérdida de sus ingresos ya presentes o futuros a causa de la absoluta incapacidad para seguir la organización de su industria o cualquiera otra actividad lucrativa.

"b) De la falta de liquidez resultante, cuando menos al interés corriente, desde cuando, de no haberse sumido en la invalidez, los hubiera obtenido con toda certeza.

"*Octavo.* El daño moral es indescriptible e invaluable para él, para sus padres y hermanos. Fue tal la depresión moral que sintió mi prohijado que pensó seriamente en el suicidio, cuando supo que quedaría postrado en cama de por vida. Hay que hacer hincapié en el dolor que produce especialmente el saber que no se volverán a experimentar los gozos del placer sexual. No se necesita apelar a Freud para decir que la líbido es la principal razón de la existencia y que muchas personas piensan que al sufrir un daño semejante, preferirían morir.

"*Noveno.* Es entonces evidente que —además de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) que reclama la víctima directamente—, todos los demandantes, sufrieron un daño moral ligado con relación de causa a la ac-

tuación de la tropa en ese fatídico 11 de octubre y que la Nación, responsable de la conducta de sus agentes debe reparar totalmente" (anexo 1, fls. 38 a 42).

F) *Falla del servicio*. La Sala despachará favorablemente algunas de las pretensiones enlistadas en la demanda, pues el acervo probatorio que obra dentro del informativo permite dar por demostrada la falla del servicio. Las declaraciones recibidas a los señores Eleuterio Ardila Ballesteros, Jorge Enrique Moreno y Julio César Fuentes Mayorga, son bien ilustrativas respecto de la forma como ocurrieron los hechos (anexo 2, fls. 126 y ss.). El primero de ellos testimonió:

> "...como vieron que la gente estaba muy soberbia llamaron al Ejército del Caldas y se metió por la parte de los gamines o sea de gorriones; se metieron a la gramilla; el Ejército empezó a echar plomo y entonces yo y Alberto nos quedamos mirando cómo la gente peliaba... la gente le pegó a uno de los soldados o de los policías, cuando de pronto comenzó el Ejército a dar plomo; la mayoría de la gente se había salido... cuando vimos a uno de los soldados que disparó contra nosotros y le pegaron un tiro a Alberto Molina. La gente pasaba por encima de mi persona y de Alberto Molina, cuando yo lo ví a él botando sangre de la parte baja de la espalda y dijo la gente: 'El Ejército está matando a las personas' '...*Preguntado*: Cuando el Ejército se tendió en la gramilla a disparar la gramilla estaba algo despejada? *Contestó:* Sí ya la mayoría de la gente había salido del estadio. Todavía afuera el Ejército echaba plomo'. *Preguntado:* El Ejército hacia dónde disparaba? *Contestó:* El Ejército se acostó en la gramilla y disparaba a la gente que estaba saliendo por el portón de la parte de sol, hacia las graderías'. '*Preguntado:* Cuando el Ejército comenzó a disparar usted vio algo que amenazara la vida o la seguridad del Ejército? *Contestó:* Yo no ví nada que amenazara la vida o la seguridad de ellos' ".

Dentro del mismo marco discurrieron los declarantes antes citados, señores Jorge Enrique Moreno Castellanos y Julio César Fuentes Mayorga, todos los cuales presenciaron los hechos, pues estaban en el estadio en el momento en que se inició la tragedia. Por lo demás, ilustran bien al sentenciador respecto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ésta tuvo lugar, no mereciendo sus dichos reparos de ninguna naturaleza.

A la realidad probatoria anterior se agrega la circunstancia de que ésta Corporación, en fallos proferidos en junio veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y cinco (1985), expediente número 3483, actor

Luis Alejandro Martínez y otros, y febrero seis (6) de mil novecientos ochenta y seis (1986), Expediente número 3575, actor Hernando Enrique Reparato y otros, dio por demostrada la falla del servicio. En éste último proveído, se destacó sobre el particular:

"Los documentos anteriores, auténticos al tenor del artículo 252 inciso 2, C. P. C., demuestran plenamente que el anotado día se presentó un desbordamiento motivado por el descontento de los aficionados que asistían a un partido de fútbol que hizo indispensable la actuación de la policía allí presente y posteriormente la del ejército, para controlar la desordenada situación. De la prueba que se analiza se deduce igualmente que los uniformados hicieron uso de las armas de fuego haciendo disparos al aire y hacia la multitud, como que se presentaron cuatro víctimas entre el público.

"En la prueba relacionada en el literal a) se lee: 'En total 48 soldados dispararon un total de 370 cartuchos calibre 7, 62' (fl. 2 anexo 1) es decir, que de ese número de balas disparadas por miembros del Ejército 3 fragmentos hicieron blanco en el cuerpo de Luis Hernando Ortegón Ariza, como se lee en el informe de balística, emitido por el Instituto de Medicina Legal, Departamento de Criminalística, con fecha noviembre 19 de 1981, visibles a folios 76 y 77, anexo 1.

"Este exceso de imprudencia en la conducta que se analiza fue ya calificado por esta misma Corporación, en sentencia de 21 de junio de 1985 cuando dijo: 'Se desprende entonces que la conducta seguida por miembros del Ejército, fue a todas luces imprudente, exagerada, reprochable desde todo punto de vista, si se tiene en cuenta que no es posible utilizar armas de fuego en un estadio y menos aún dirigir esas armas hacia sitios en donde se ponga en peligro la integridad de las personas'. (Expediente núm. 3483. Actor Luis Alejandro Martínez y otros. Consejero ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy).

"De lo anterior se deduce que la actitud y comportamiento de los uniformados rebasó los límites constitucionales, legales y reglamentarios, por cuanto hubo exceso en los medios utilizados para contener los desórdenes. No existe prueba indicativa de que las circunstancias, por extremas que fueran, obligaran a la fuerza pública a utilizar los medios referidos. Está demostrado que los militares dispararon 370 cartuchos, resultando muertas 4 personas y heridas 25, sin que pueda aceptarse por la Sala la afirmación que el apoderado de la entidad demandada hace en su alegato final, cuando para justificar el comportamiento de los soldados dice que: '...se impidieron peores desgracias'.

"Este planteamiento no es de recibo porque deja la impresión de que el valor de la persona humana está sometido a un aspecto matemático en donde para salvar muchas vidas es posible sacrificar algunas. Se olvida así que el derecho existe sólo por causa del hombre y que éste es anterior al derecho, lo que explica que esta ciencia sólo puede estar al servicio de él. El hombre tiene una dignidad propia que no puede estar sometida a discusión ni a evaluaciones matemáticas que destruyan la concepción ética inspirada en la filosofía cristiana. Por ello, G. Burdeau enseña que:

> "...los derechos de la persona escapan tanto al determinismo de los movimientos colectivos como al arbitrio de una definición por vía estatal. En efecto, esta exigencia a la que responde el derecho no puede hacerse oír más que en un ser autónomo, es decir, en una conciencia irreductible al conformismo social y a la servidumbre política. La persona no existe sin el impulso que la lanza hacia otro con la inquietud que le vale su presencia en el mundo; pero este impulso y esta inquietud no tienen sentido más que si proceden de una conciencia libre y de una voluntad dueña de estas opciones. En esta autonomía de la persona encuentran su fundamento los derechos de la persona humana; no, sin duda, bajo la forma de provechos adquiridos, sino como facultades indispensables al hombre para cumplir su vocación personal". (*Humanismo, Estado y Derecho*. Legaz y Lacambra Luis, Bosch, Casa Editorial, 1960, pág. 130).

"Comparte así la Sala la apreciación de la Fiscalía cuando considera que la imprudencia del Ejército en utilizar armas de fuego en un estadio de fútbol —con el agravante de haber disparado contra el público— constituye falla del servicio" (cdno. 2, fls. 92-95).

G) *El daño*. Al folio 60 del cuaderno número 2, obra la certificación expedida por el comandante de la Quinta Brigada, de cuya lectura se desprende que es cierto que el señor Fernando Prada López fue lesionado en los hechos que tuvieron lugar en el Estadio Alfonso López, de la ciudad de Bucaramanga, el día once (11) de octubre de mil novecientos ochenta y uno (1981).

Obra, igualmente, dentro del informativo, el dictamen rendido por el médico de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Santander (anexo 2, fl. 149), en el cual se lee:

"Practicado el examen clínico al señor Fernando Prada López, encontramos lo siguiente:

"Paraplejía flácida, debida a sección medular fisiológica, causada por onda expansiva de proyectil de arma de fuego a nivel de T7. Esta lesión deja como secuela definitiva una gran invalidez, con disminución de su capacidad laboral del ciento por ciento (100 x 100), que da derecho a una suma equivalente a treinta (30) meses de salario al tenor del artículo 204, ordinal 2, numeral d)".

La realidad probatoria anterior es demostrativa de que al demandante señor Fernando Prada López se le causó un daño, el cual debe ser indemnizado en la forma como se precisará más adelante.

H) Establecido el daño, surge en el *sub lite*, la relación de causalidad entre la falla del servicio ya apuntada, y los perjuicios sufridos por el demandante, pues dentro del informativo no se demostró, por parte del centro de imputación jurídica demandado, ninguna de las causales de ley que tienen el mérito de romper la citada relación causal.

Solicita el demandante señor Fernando Prada López, que se condene a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional— al pago de los daños y perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) que se le causaron, lo mismo que el reconocimiento de perjuicios morales sufridos.

La condena al pago de los perjuicios materiales se hará *in genere*, para que su liquidación se haga dentro del trámite incidental contemplado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, pues dentro del informativo no se acreditó el monto del daño. Con tal fin, se seguirán las siguientes pautas:

Primera. El ingreso mensual de la víctima deberá demostrarse adecuadamente. Como se trata de un trabajador independiente tendrá que establecerse cuáles eran sus ingresos. Para el efecto deberán acreditarse éstos, de ser posible, con las declaraciones de renta correspondientes a los años gravables de 1980 y 1981, presentadas antes de 11 de octubre de 1981. De resultar fallida esta prueba, la liquidación se hará con base en el monto del salario mínimo legal, en la región, para el sector primario, a la fecha de las lesiones sufridas por el señor Fernando Prada López.

Segunda. Se tendrá en cuenta el certificado expedido por el médico de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Santander (anexo 2, fl. 149) que fijó como secuela definitiva una gran invalidez, con disminución de la capacidad laboral de un ciento por ciento (100%).

Tercera. La liquidación por perjuicios materiales comprenderá dos períodos, con la filosofía que ha venido manejando la jurisprudencia de la Corporación, así: Un primer período, el vencido o consolidado,

que corre desde la ocurrencia de la tragedia, hasta la fecha de ésta sentencia; el segundo, futuro, que se cuenta desde el día siguiente al del fallo, hasta la fecha de vida probable del señor Fernando Prada López. Este último aspecto, se demostrará con las Tablas Colombianas de Mortalidad, aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

La liquidación deberá hacerse con la aplicación de las fórmulas de matemáticas adoptadas por la jurisprudencia de ésta Sala. El primer período se deberá actualizar con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, mediante la fórmula

$$Ra = R \frac{\text{ind. f.}}{\text{ind. i.}}.$$

Ese mismo ingreso se utilizará para la liquidación de la condena futura.

Por concepto de perjuicios morales se condenará en concreto al pago equivalente de *un mil gramos oro (1.000)*, según certificación que sobre el precio internacional del oro expida el Banco de la República en el momento en que quede ejecutoriada la presente sentencia.

J) Como en el *sub lite* la Sala se ha encontrado con la circunstancia particular del caso de que en la demanda concurrieron a demandar varias personas, que sin ser litisconsortes necesarios hicieron valer en juicio sus particulares pretensiones, se hace la precisión de que la invalidación del fallo impugnado sólo beneficiará al demandante señor Fernando Prada López, pues Efraín Prada, Graciela López de Prada, Efraín, Henry, Martha Clemencia, Maritza y Nancy Prada López, no interpusieron el recurso de revisión, y se resignaron con el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el día veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), que denegó para ellos las pretensiones de la demanda. La realidad probatoria indica que esa conducta procesal fue seria, dada la falta de medios de convicción, dentro del informativo, que permitieran sacar avante sus pretensiones.

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:

Revísase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el día veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), dentro del proceso instaurado por Fernando Prada López y otros contra la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—,

pero sólo en cuanto denegó las pretensiones del señor Fernando Prada López. En su lugar,

Resuelve:

A) Declárase a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al demandante señor Fernando Prada López, por las lesiones sufridas por éste en la tragedia que tuvo lugar el día once (11) de octubre de mil novecientos ochenta y uno (1981) en la ciudad de Bucaramanga.

B) Como consecuencia, *Condénase* en abstracto a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional— a pagar al señor Fernando Prada López, los perjuicios materiales que se le causaron, los cuales se liquidarán conforme a las pautas fijadas en los considerandos de este proveído y siguiendo para ello la tramitación incidental contemplada en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y 172 del Código Contencioso Administrativo.

C) *Condénase* igualmente, a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, a pagar al demandante señor Fernando Prada López, la cantidad de *un mil gramos oro (1.000),* al precio internacional que este metal tenga en el momento en que quede ejecutoriado este fallo. Esta condena se hace en concreto.

D) Esta condena devengará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego.

Estos intereses, para la condena en abstracto, correrán a partir de la ejecutoria de la providencia que liquide el incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Gustavo de Greiff Restrepo, presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO X

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS

Para decretar la reparación por daño moral en favor de hermanos, se ha venido exigiendo prueba de los vínculos familiares —no sólo los de sangre—, y por lo tanto, afectivos con el occiso, sino que se exige también acreditar las condiciones de convivencia, familiaridad y mutua ayuda o colaboración; elementos que según la Sección Tercera, se condensan en la circunstancia de vivir en la misma casa. Aunque no se comparta este enfoque para medir el daño moral y el derecho que nazca de él a ser indemnizado porque las relaciones de cariño, de amor, de afecto de las personas entre sí no puede sintetizarse en la circunstancia física de "convivir", de tener "familiaridad", de "mutua ayuda" o "colaboración" y mucho menos de "vivir bajo el mismo techo", es claro que no es desconocedor en este aspecto la sentencia suplicada, de las dos providencias de la Sala Plena se han dicho contrariadas.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Naturaleza

Cuando habla el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 del "auto interlocutorio" o de la "sentencia" dictados por una de las secciones "sin la aprobación de la Sala Plena", se está refiriendo a "alguna jurisprudencia" de esa Sala Plena, pues sería un contrasentido inferir que está haciendo vocación a "alguna jurisprudencia" de la propia sección y que la Sala Plena fuese la que se ocupase, en el recurso de súplica que se interpusiera, de determinar si hubo o no desconocimiento de una jurisprudencia o doctrina de una de las secciones.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO/ FALLA DEL SERVICIO/DERECHO DE DEFENSA

No existe una verdadera contradicción entre la providencia recurrida y la tesis jurisprudencial que se cita. 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, aquél 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.*

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

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número S-062. Recurso extraordinario de súplica. Actores: Digna Rosa González y otros. Recurrentes: Rufino Antonio, Danilo Enrique y Anacira del Socorro Capachero Méndez y otros. La Nación (Ministerio de Defensa Nacional — Policía Nacional).

Decídense los recursos extraordinarios de súplica interpuestos, con base en lo preceptuado por el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, contra la sentencia calendada a veintiuno (21) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988) dictada por la Sección Tercera de esta Corporación, dentro del juicio de reparación directa adelantado por Digna Rosa González, Rufino Antonio Capachero Méndez y otros contra la Nación (Ministerio de Defensa Nacional —Policía Nacional—) y el Municipio de Sincelejo. Los medios de impugnación mencionados se interpusieron oportunamente así:

1. Por el mandatario judicial de los demandantes Rufino Antonio, Danilo Enrique y Anacira del Socorro Capachero Méndez; Expedito Rafael Hernández; Greys y Francisco Márquez Romero, y Ramiro Miguel, Tulio Enrique y Jesús Rafael Acevedo Navarro, en cuanto por el fallo indicado se les negaron las indemnizaciones reclamadas en el libelo, a fin de que se "reponga" y "con acatamiento de los precedentes sobre los aspectos debatidos condene a las entidades demandadas solidariamente a dejarlos totalmente indemnes".

2. Por el apoderado de la Nación —Policía Nacional— en cuanto la providencia en cuestión declaró a las entidades públicas demandadas "solidaria y administrativamente responsables por *Omisión*..., de los perjuicios materiales y morales ocasionados a varios de los actores con ocasión de la catástrofe habida en la plaza "Hermógenes Cumplido" de la ciudad de Sincelejo (Sucre), el 20 de enero de 1980, por motivo de la caída de unos palcos del circo portátil o corraleja de toros, a fin de que se revoque parcialmente en lo que a ello atañe y en su lugar se profiera fallo en el que se absuelva a la Nación (Policía Nacional) de los cargos que contra ella fueron formulados.

Teniendo de presente que se trata de recursos relacionados con aspectos diferentes, han de analizarse separadamente los cargos formulados por los dos grandes grupos de recurrentes, así:

A) Los demandantes atrás relacionados parten del planteamiento de una "cuestión previa" en la cual critican la posición jurisprudencial de esta Sala Plena acerca de los alcances del recurso extraordinario

de súplica, puesto que no creen "que el Consejo tenga el poder de reformar las leyes sino el deber constitucional y legal de cumplirlas", dado que la inteligencia que debe darse a los artículos 24 del Decreto-ley 528 de 1964, y 2º de la Ley 11 de 1975 cuando hablan de "alguna jurisprudencia", ha de ser lo que enseña el uso común del lenguaje "a cualquiera dentro de la designación de un nombre: *Jurisprudencia*", no importando si la contradicción observada en el fallo suplicado se refiere a una de la Sala Plena o a una sentada por una o varias de las Secciones que la integran, tal como se anotó en los "salvamentos de voto del magistrado Carlos Betancur Jaramillo y del exmagistrado Hernán Guillermo Aldana a la tal sentencia Carmelitana y otras".

Ya en lo que atañe a los cargos en sí considerados, ellos son planteados de la siguiente manera:

> "*Primer cargo*. Al negarle la indemnización pedida a dichos demandantes que ahora recurren '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 C. Civil' y por lo tanto los certificados de estado civil aportados por ellos no le probaron la calidad de hijos naturales ni de padre natural, no hay prueba de que se hubiera notificado y aceptado el reconocimiento, contrario (el fallo) a los siguientes precedentes:
>
> "a) El contenido en la providencia de 3 de febrero de 1983, Expediente número 3561, magistrado ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, por medio de la cual se revocó el auto del ponente que había rechazado unas demandas de personas de filiación extramatrimonial damnificadas con la caída de los palcos de 'Corraleja' de 20 de enero de 1980 porque los certificados expedidos por los funcionarios encargados de llevar el registro no probaron tal calidad, y en la que se sentó el precedente según el cual los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas se prueban con copia de la correspondiente partida o folio, *o con certificados expedidos con base en los mismos*.
>
> "La prueba, se dijo entonces, es una u otra. Es una alternativa, se agregó, y ninguna tiene más fuerza probatoria que la otra.
>
> "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'. En este fallo, en la página 37, se lee:
>
> "Los señores Ignacio Lino Monterroza Romero y María Serafina Mendoza Chaid, a nombre propio y en representa-

ción de sus menores hijos Martha Cecilia, Yaneth del Socorro y Juvenal, reclaman indemnización por la muerte de su hija y hermana Claudia Monterroza Mendoza. Para ello aportan los siguientes documentos:

"1º Registro civil de nacimiento de Claudia, *en el que consta que es hija extramatrimonial, pero reconocida, de la pareja Monterroza Mendoza* (fl. 70, cdno. 1). (Las subrayas son mías).

"A los referidos demandantes... se les reconocerán perjuicios morales...

"...los señores Oscar Antonio y Víctor Manuel Monterroza Mendoza reclaman indemnización por la muerte de su hermana Claudia. Para ello, además de los documentos citados anteriormente, aportan sus certificados civiles de registro que obran a folios 59 y 62 del cuaderno 1. A los mencionados actores se les reconocerán perjuicio morales..."

"Como se ve, la sentencia indemnizó a los padres extramatrimoniales de la hija fallecida sin poner el obstáculo de que no se había probado que se le hubiera notificado el reconocimiento y ella lo hubiera aceptado y tanto el parentesco con los progenitores como con los hermanos se dio por bien probado con certificados expedidos por los encargados de llevar el registro civil de las personas.

"El mismo anterior precedente se encuentra en las siguientes sentencias:

"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 21 de abril de 1984. Magistrado ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo.

"e) Ricardo Valero Labrador. Expediente número 2799. Sentencia de 9 de febrero de 1982. Magistrado ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo.

"f) Margarita Portocarrero Guerrero. Expediente número 3047. Sentencia de 28 de julio de 1983. Magistrado ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo, y para no alargarme más,

"g) Jorge William Salazar. Expediente número 3130. Sentencia de 19 de noviembre de 1981. Magistrado ponente: doctor Jorge Valencia Arango.

"La simple comparación de estos precedentes con el fallo en proyecto (sic), ponen en evidencia que en él se cambian

totalmente y además sin motivos suficientes que justifiquen el viraje, con indiscutible descrédito de la jurisdicción, la incertidumbre de los usuarios de la administración de justicia y el desconcierto de las dobles víctimas de la tragedia de Sincelejo y del fallo en camino de consolidarse si, como le corresponde a la Sala Plena, no lo ataja en cumplimiento del mandato contenido en la Ley 11 de 1975 dictada para asegurar el cumplimiento de otro mandato legal que se ha quedado con el vacío, el del artículo 24 del Decreto 528 de 1964.

"*Segundo cargo*. Al negarle la indemnización de los daños morales causados a los demandantes Ramiro Miguel, Tulio Enrique y Jesús Rafael Acevedo Navarro, hermanos sobrevivientes de José de los Santos Acevedo, porque tenían rancho aparte y no vivían con él bajo el mismo techo, la sentencia en proyecto (sic) desconoció los precedentes sentados en las sentencias que pusieron fin, entre otros procesos, a los numerados 2086, 2680, 2893, 2277 y otros varios acumulados a él, sentencia de 8 de agosto de 1985, proferida en el caso Quebradablanca, de la Sección Tercera, y 10.768, Clara Inés Carmargo de Linares, sentencia de 14 de marzo de 1984:

"...sí se produjeron, como es obvio, perjuicios morales, consistentes en la pena que el hecho luctuoso 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.

"De la Sala Plena, en las que con respecto de las tradiciones de las familias tianas donde suele imperar el amor y no el odio, aún después de que los hijos y hermanos se van del techo común, se reconoce el daño moral del hermano menor con la sola prueba de dicha calidad, y,

"La sentencia también de Sala Plena de 27 de abril de 1984 poco más de un mes después, proferida en el caso de Ana Vanegas de Cabrera y otros. Expediente número 10.976, en la que aunque se exigió prueba de la conveniencia, familiaridad y mutua ayuda entre los hermanos, no se reclamó la prueba de vivir bajo el mismo techo para indemnizarles por la muerte del hermano:

"Para los hermanos, se lee en lo pertinente de ella, deberán acreditarse las condiciones de convivencia, familiaridad y mutua ayuda o colaboración para poder evaluar esos perjuicios morales...", a lo que condenó en abstracto.

"No sobra agregar que la familiaridad, colaboración y convivencia no exigen, ni mucho menos, que se viva bajo el

mismo techo, como se hace en el fallo en proyecto (sic) recurrido.

"Para convivir no hay que habitar la misma casa y mucho menos para ayudarse y quererse filialmente.

"Es mucho más serio negarle a los hermanos la indemnización del daño moral por la muerte del hermano que hacer nugatorio su derecho exigiéndoles algo que repugna a la naturaleza de las cosas: porque si los hermanos son menores se les rebaja la indemnización porque debido a su falta de madurez intelectual no sufren como los mayores. Y a los mayores se les niega porque viven aparte y tienen sus propios hogares.

"Se ignora que los lazos filiales nacen de la sangre, crecen junto con el hombre y después de crecer con él se entierran.

"Tal jurisprudencia ahora en boga necesita ciertamente un pronto correctivo.

"Resumo: basta comparar los fallos proferidos en los procesos enlistados y en los que no exige que los hermanos vivan bajo el mismo techo para indemnizarles los daños morales causados por la muerte del hermano con el que se proyecta en este proceso que así lo reclama, para llegar a la conclusión de que no se puede dejar pasar".

B) En cuanto a lo que sostiene en apoyo de sus tesis el apoderado de la Nación —Policía Nacional—, de que al condenarla el fallo, como responsable por omisión, a pagar solidariamente las indemnizaciones a varios de los actores —que no son los que aquí recurren—, junto con el Municipio de Sincelejo, discrepa respecto doctrinas sentadas por esta Sala Plena, expone primeramente la que a continuación se transcribe, tomada de la providencia de 16 de julio de 1980, expediente 10134, ponente doctor Jorge Dangond Flórez, y que dice en lo que le corresponde a la falta o falla del servicio por omisión:

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

"Solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias

y formalidades establecidas en las leyes. No se puede, pues, predicar omisión, generadora de responsabilidad, cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

"Con razón escribió Charles Rosseau (sic) su *Teoría general de la responsabilidad en derecho administrativo:* 'Reconocer que el servicio público, al no funcionar puede cometer una falta, equivale a decir que está obligado a obrar, y que por tanto debe reparar pecuniariamente las consecuencias de su inacción'.

"Como es obvio, para que esa responsabilidad de configuración de la falta de servicio se convierta en real, es indispensable la existencia de la obligación de actuar; de tal manera que si la ley ha reglamentado el procedimiento en determinada materia, con la exigencia de la querella para que se ponga en movimiento la administración a través del funcionario respectivo, resulta ineludible el formal requerimiento de lo contrario no surge la obligación y sin ésta tampoco aparece el primer elemento axiológico de la responsabilidad extracontractual o sea la falta o falla administrativa.

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

Igualmente afirma que se contraría la jurisprudencia, así mismo de Sala Plena, que aparece en el proveído de 12 de junio de 1984, expediente 11014, actor Ligia Calderón Córdoba, ponente doctor Bernardo Ortiz Amaya, en el cual se dijo:

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

"Al efecto dice en la parte pertinente lo siguiente:

"En la concepción del 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 existencias 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 a pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes".

(Quepa anotar ahora por la Sala que la sentencia de 12 de junio de 1984, en todo lo demás, reproduce los párrafos arriba copiados del fallo de 16 de junio de 1980).

Seguidamente el mandatario judicial de la Nación —Policía Nacional— en este proceso afirma que:

"1. La sentencia recurrida declaró a la Nación colombiana y al Municipio de Sincelejo, solidaria y administrativamente, responsables por *omisión* (subrayo), 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 de 'Hermógenes Cumplido' de la ciudad de Sincelejo, y consecuencialmente dispuso indemnizar a los actores por perjuicios morales y materiales que determinan el fallo.

"2. El dicho fallo se transcribe la demanda, la síntesis del alegato de la Policía Nacional, el concepto fiscal, para exponer enseguida como consideraciones de la Sala lo expresado ya en el fallo de 25 de abril de 1988 proferido en el proceso número 3882, actor Jaime Arturo Bertel Martínez y otros, en lo que expone bajo títulos denominados *'Causas'* y *'Responsables'*, reproduciéndolo íntegramente.

"Como quiera entonces que el fallo se remite a las consideraciones de la sentencia transcrita, es menester referirse a ellas en el presente recurso.

"Siguiendo un orden lógico, en primer lugar se determinarán las causas de la tragedia, para luego entrar a establecer responsabilidades, ya que por ser un hecho notorio lo acontecido el 20 de enero de 1980 en la ciudad de Sincelejo, no necesitaba ser probado. Finalmente se indicarán los damnificados y su correspondiente indemnización.

"3. El numeral 1, que se refiere a las causas de la tragedia, a la página 14 concluye de la siguiente manera; en forma rotunda:

"*No le queda duda entonces a la Sala* (subrayo) que las causas inmediatas del derrumbamiento de los palcos fueron:

"1. La mala calidad y adecuación de los terrenos donde se construyeron los palcos.

"2. La mala calidad de los materiales y la falta de técnica con que se construyó todo el circo portátil.

"3. El sobre cupo que se presentó en los palcos el día de la tragedia.

"4. El numeral 11, que trata de los *Responsables*, precisa:

"1. El municipio de Sincelejo

"... ... ...

"Teniendo en cuenta lo visto, la administración municipal tenía una injerencia directa en todo el proceso de la fiesta: desde su organización y promoción hasta su culminación. A pesar de ello la ausencia de las autoridades municipales en el control de las festividades fue notorio, vacío que se vio reflejado en la deficiente construcción de los palcos cuyo derrumbamiento fue la causa de la tragedia.

"Cita luego la declaración del señor Héctor Támara Vergara, presidente de la Junta Directiva de la Junta Organizadora de las fiestas para la época de los hechos, para anotar:

"Queda la Sala perpleja por la forma olímpica cómo una persona con investidura oficial ignora el cumplimiento

de la ley, pues no hay que olvidar que el señor Támara Vergara, fue nombrado como integrante de la junta organizadora de las fiestas por decreto de la Alcaldía (fl. 3, anexo 3) y tomó posesión ante el mismo burgomaestre, jurando 'desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo' (fl. 27, anexo 3). Pero más que lo anterior sorprende la carencia absoluta de control por parte de la administración municipal, a las actuaciones de una junta designada por el mismo alcalde que se estaba dejando presionar de esa manera. Con relación a este punto considera necesario la Sala hacer a continuación algunas anotaciones sobre la forma desordenada y clientelista como se manejaron las fiestas por parte de las autoridades seccionales.

"Dan a entender las pruebas, de conformidad con el Acuerdo 035 de 1971 y el Decreto 107 de 1973, que el consejo municipal era a quien correspondía la adjudicación de los palcos de la corraleja. Sin embargo ello no se hacía así porque eran otorgados por la junta organizadora con un criterio de compadrazgo, sin tener en cuenta las aptitudes ni conocimientos técnicos de las personas favorecidas con la adjudicación. En este procedimiento, lo común y ordinario era el tráfico de influencias, donde participaban, contra todo mandamiento legal, las autoridades locales con su alcalde a la cabeza. Extremo este que se demuestra con los mal llamados comprobantes de ingreso de folios 31, 34, 35, 51, 52 y 61 del anexo 3, que no eran otra cosa que las actas de adjudicación de los espacios para la construcción de palcos, en los que consta en manuscrito el nombre del señor Reyes Montes apadrinando a algunos beneficiarios. Cómo se puede negar ahora que la Alcaldía de Sincelejo no estaba directamente involucrada en la organización de los festejos?

"Como si lo anterior fuera poco, no fueron los primeros adjudicatarios los que construyeron los palcos, sino que éstos negociaron el derecho con otros y éstos a su vez con otros, formándose una irregular cadena de tal magnitud que la persona que realmente explotó económicamente la concesión llegó en algunos casos a ser el quinto o sexto eslabón. Esta anormal situación provocó que los últimos dueños del derecho de explotación de los palcos permitieran la entrada de personal a ellos en número considerablemente superior al que permitía la estructura de las mismas, lo que obviamente fue una de las causas del derrumbamiento.

"... ... ...

"Según todas las pruebas era un secreto a voces la forma irregular como se adjudicaron y construyeron los palcos. Sin

embargo el señor alcalde municipal, como primera autoridad policiva del lugar no hizo nada para impedir tan anómala situación y, muy por el contrario, según lo demuestran las probanzas, cohonestó toda serie de actuaciones que rayaron en el dolo de la junta organizadora. Claro está que no sólo al señor burgomaestre de Sincelejo se le puede imputar responsabilidad en la tragedia. También le cabe responsabilidad a otras entidades departamentales y nacionales y especialmente a los políticos de la región, algunos emparentados con el gobernador de Sucre por la época de los acontecimientos, quienes capitalizaron los festejos para satisfacer a su clientela y obtener de pasada un ingreso monetario extra. Es muy diciente el hecho de que el palco de la presidencia donde se encontraban las autoridades civiles, políticas y militares y los directivos de los festejos, no sufrió ninguna avería. Este según consta en autos, fue construido con el mayor cuidado, teniendo en cuenta las normas de seguridad vigentes. Por el contrario, los palcos que se desplomaron fueron aquellos en donde se encontraba el pueblo raso y por ese motivo el mayor porcentaje de muertos estaba conformado por chanceros, picoleros, vendedores de cigarrillos, meseros, mandaderos, vendedores de fritanga, músicos de cafetín, agricultores, celadores, cargadores, emboladores, voceadores, zapateros, culebreros, ilusionistas, etc., etc., es decir, aquel sector de la población que nada tiene y al que siempre o casi siempre le corresponde la tragedia.

"Pero no se puede tampoco afirmar que la catástrofe fue un hecho aislado. Esta se venía gestando de tiempo atrás con la abierta complacencia de las autoridades municipales. La administración del municipio nunca se preocupó de las personas que asistían a las corralejas, hasta el punto que la única reglamentación que existía sólo se ocupaba de la adjudicación de los lotes donde debían ser construidos los palcos. En certificación que obra al folio 92, anexo 1, la directora de Planeación Municipal de Sincelejo afirma: 'No existía en la fecha del derrumbe de los palcos reglamentación especial para la construcción de las corralejas; posteriormente la asamblea departamental los reglamentos (sic) mediante la Ordenanza número 06 de fecha noviembre 29 de 1980.

"... ... ...

"Como se ve la negligencia de la administración municipal fue absoluta. Sus miembros sólo se preocupan de las componendas que favorecen a sus parciales y debiendo actuar para vigilar estrictamente una actividad que, estaba comprobado, era de gran riesgo para la comunidad, no lo hicieron

así, lo que configura un típico caso de responsabilidad por falla del servicio.

"No se podrá argumentar por parte de las autoridades municipales de Sincelejo que por ser la programación y desarrollo de las festividades una actividad particular, no tenían por qué estar enteradas de lo que estaba sucediendo. En primer lugar, ya quedó plenamente demostrado que las celebraciones tenían un carácter oficial, no sólo por su origen, sino por la forma que eran escogidas las directivas y sus organizadores. En segundo lugar, hay constancia en el expediente que la festividad era publicitada por todos los medios de comunicación, no sólo a nivel local sino también nacional. Por último aunque la actividad de las fiestas hubiera sido exclusivamente privada, era obligación de la administración local tener conocimiento de su celebración; porque ella comprometía directamente el orden público de la ciudad; y por lo tanto, las autoridades municipales debieron estar preparadas para evitar un insuceso, que como ya se dijo, hacía mucho tiempo se venía gestando" (fls. 14 a 16).

Se trajo a los autos el informe de la Relatoría de la Corporación sobre las jurisprudencias que se dicen contrariadas, junto con los textos correspondientes.

Para resolver, se considera:

I. *De la naturaleza y de los propósitos del recurso extraordinario de súplica.*

Frente a las críticas que el apoderado de los particulares aquí recurrentes hace de la inteligencia que esta Sala Plena ha venido dando al recurso extraordinario de súplica establecido por la Ley 11 de 1975 desde el 25 de marzo de 1981 (Expediente núm. 10.392, ponente doctor Carmelo Martínez Conn), es pertinente reestudiar el tópico a fin de captar, en toda su plenitud, la naturaleza y los propósitos que tiene en sí esta figura *sui generis*, singular en los lineamientos generales del derecho procesal contencioso administrativo colombiano, y que surgió como consecuencia de la reestructuración que del Consejo de Estado hiciera el Decreto-ley 528 de 1964.

El artículo 24 del citado Decreto-ley 528 de 1964 es el origen del recurso extraordinario de súplica que, ante las dificultades nacidas a raíz de la división en secciones o salas especializadas que señaló la norma, hubo de crear la Ley 11 de 1975. Fijóse, en efecto, una regla de competencia para las secciones o salas en lo que atañe a sus respectivos asuntos, pero con una limitación: "salvo cuando se trate de modificar *alguna jurisprudencia*, caso en el cual lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la sala o sección que esté co-

nociendo del asunto". Dadas las aludidas dificultades que tal limitación trajo consigo y que trató de superar, se repite, por la Ley 11 de 1975, su artículo 2º señaló: "Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del *auto interlocutorio* o de la *sentencia* dictados por *una de* las secciones en lo que, sin la previa autorización de la *Sala Plena,* se acoja una doctrina contraria a *alguna jurisprudencia*".

Ahora bien, ¿qué habrá de entenderse por "*alguna jurisprudencia*", palabras que se han subrayado, al par que otras, en las disposiciones que acaban de transcribirse? ¿Tendrán, acaso, un significado amplio, entendiendo por tal los pronunciamientos de una sección que, en virtud del ejercicio de su competencia en los negocios que le sean propios, haya tomado, apartándose de lo que se haya dicho por alguna de las otras en torno a determinado tema, así como de la doctrina acogida por la Corporación en pleno? ¿Tendrán, por el contrario, una acepción restringida, circunscribiéndose únicamente los posibles divorcios respecto a doctrinas ya acogidas por la Sala Plena?

Por cuanto se trata, como se ha venido reiterando, de un medio *extraordinario,* es decir, *sui generis,* todo lo que a él se refiera ha de ser así, extraordinario, *sui generis,* especialísimo. Por ello para compaginar los mandatos de las normas vistas con el pensamiento que guió la institución de este recurso de súplica, es menester que se comprenda, cómo cuando habla el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 del "*auto interlocutorio*" o de la "*sentencia*" dictados *por una de las secciones* "*sin la aprobación de la Sala Plena*" (se subraya nuevamente), se está refiriendo a "*alguna jurisprudencia*" de esa Sala Plena, pues sería un contrasentido inferior que está haciendo vocación a "*alguna jurisprudencia*" de la propia sección —que vería aún más restringida su función de administrar justicia en cada caso concreto— o de otra —que se constituiría en algo así como superior de la que dictó la providencia—, y que la Sala Plena fuese la que se ocupase, en el recurso de súplica que se interpusiera, de determinar si hubo o no desconocimiento de una jurisprudencia o doctrina de una de las secciones.

Por otra parte, las jurisprudencias no pueden ser inmodificables. El derecho avanza en verdad, gracias a que la interpretación de las "reglas de conducta" acogidas por el derecho positivo, halla en las decisiones de los jueces, otras perspectivas jurisprudenciales contribuyendo de este modo a la formación de doctrinas aptas para zanjar unos problemas jurídicos dados. Si cada una de las secciones en que se divide la Sala de lo Contencioso Administrativo es igual a las otras y es especializada en el campo jurídico que le ha sido asignado, frente a la aspiración de que la jurisprudencia cumpla su cabal cometido, sólo a la jurisprudencia de la convergencia de esas secciones, o sea, la Sala Plena, puede referirse la disposición (art. 2º, Ley 11 de 1975) cuando dice: "en los que, sin la previa autorización de la Sala Plena, se acoja una doctrina contraria a alguna jurisprudencia". Quizá faltó en el texto la palabra "suya" que le habría dado claridad a la regla.

De suerte que ha de concluirse en el mismo sentido a que llegó esta Sala Plena en precedente reestudio que hiciera acerca del tema, en la providencia de 23 de agosto de 1988, con ponencia del consejero Carlos Betancur Jaramillo (Expediente núm. S-032, actor: Servicios Aéreos Ejecutivos Ltda.).

Por lo tanto, lo que la Sala Plena expuso en su fallo de 25 de marzo de 1981 y que de allí en adelante ha venido reforzando con más amplios argumentos, no implica, como lo asevera el apoderado de los particulares suplicantes en este caso, una subrogación de los artículos 24 del Decreto-ley 528 de 1964 y 2º de la Ley 11 de 1975, sino la fijación de la naturaleza y de los propósitos de este medio *sui generis* de impuganción.

De allí que al analizar los cargos que los dos grandes grupos de recurrentes en el caso *sub lite* han esgrimido, únicamente han de estudiarse aquellos que ubiquen la eventual contradicción doctrinaria del fallo de 21 de julio de 1988 de la Sección Tercera, con relación a doctrinas de esta Sala Plena, o de las antiguas Salas de Negocios Generales y Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, porque son ellas las que reflejan el pensamiento de la Corporación en su conjunto.

II. *De los planteamientos del primer recurrente, apoderado de los particulares a quienes el fallo negó derecho a indemnización.*

Pueden calificarse los particulares que integran este grupo de recurrentes, así:

1. El constituido por Rufino Antonio, Danilo Enrique y Anacira del Socorro Capachero Méndez, Expedito Rafael Hernández y Greys y Francisco Márquez Romero a quienes se les negó la indemnización en el fallo suplicado "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 33, del C. Civil, y por lo tanto, los certificados de estado civil aportados por ellos no les probaron la calidad de hijos naturales ni de padre natural, ni hay pruebas de que se hubiera notificado y aceptado el reconocimiento..."

El cargo expuesto por el recurrente en cuanto a estos demandantes concierne, no se examinará por improcedente, pues todas las sentencias que se aducen como contrariadas, según el informe de Relatoría, son de la Sección Tercera.

Por ende, no prospera el cargo.

2. El integrado por los demandantes Ramiro Miguel, Tulio Enrique y Jesús Rafael Acevedo Navarro, hermanos sobrevientes de José

de los Santos Acevedo "porque tenían rancho aparte y no vivían con él bajo el mismo techo", por lo que al negar el fallo recurrido la indemnización que les correspondería "desconoció los precedentes" de los casos 2086, 2893, 2277 y otros varios acumulados a él, en sentencia de 8 de agosto de 1985, proferida en el caso Quebradablanca, *de la Sección Tercera,* y 10.768, Clara Inés Camargo de Linares, sentencia de 14 de marzo de 1984..."

Se hace caso omiso de la primera de las dos mencionadas para edificar este cargo por ser de la Sección Tercera, y se pasa a analizar lo atinente a la que corresponde a la segunda (14 de marzo de 1984, consejero ponente, doctor Joaquín Vanín Tello, Exp. 10.768, actor: Clara Inés viuda de Linares), y a la tercera (27 de abril de 1984, consejero ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 10.976, actor: Ana Vanegas de Cabrera y otros).

En la sentencia en cuestión se dijo:

"Los elementos que determinan la responsabilidad y la obligación de carácter indemnizatorio del Estado, son la falta o falla del servicio, el daño o perjuicio cierto, determinado o determinable y la relación de causalidad entre la falta o falla y el daño.

"...

"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".

En la sentencia de 27 de abril de 1984 se lee:

"...En cuanto a los perjuicios morales se seguirá la regla ya reiterada en la jurisprudencia, en el sentido de que los padres tendrán derecho al máximo posible..." "...para los *hermanos* deberán *acreditarse* las condiciones de *convivencia,* familiaridad y *mutua ayuda* o *colaboración* para evaluar esos perjuicios morales, los que no podrá exceder de 250 gramos para cada uno..." (subrayas fuera del texto).

Ciertamente, de la simple comparación de lo que sirve de argumento a la sentencia suplicada para negar la indemnización a los hermanos del difunto, o sea porque tenían rancho aparte y no vivían con él bajo el "mismo techo" con lo que se acaba de transcribir, subrayándolo, del texto jurisprudencial que se dice conculcado, no se observa contradicción sustancial, pues en la de 27 de abril de 1984, que es de Sala Plena, se repite, amén del parentesco debidamente probado, se exige la prueba de las condiciones de *convivencia,* familiaridad y mutuo afecto; y si *convivir* equivale, al tenor del Diccionario de

la Real Academia a *"Vivir en compañía de otro u otros..."*, bien puede usarse la expresión *"no vivían en la misma casa con el occiso y tenían sus propios hogares"* para que no se les haga "reconocimiento alguno por daños morales" que emplea el fallo recurrido.

De manera que para decretar reparación por daño moral en favor de hermanos, la jurisprudencia de la Sala Plena ha venido exigiendo prueba de los *vínculos familiares —no sólo los de sangre—*, y, por lo tanto, afectivos con el occiso, sino que ha exigido también acreditar las condiciones de: a) convivencia; b) familiaridad y c) mutua ayuda o colaboración. Esos tres elementos se condensan, según el punto de vista de la Sección Tercera en la sentencia ahora recurrida, en la circunstancia de vivir en la misma casa. Aunque no se comparte este enfoque para medir el daño moral y el derecho que nazca de él a ser indemnizado porque las relaciones de cariño, de amor, de afecto de las personas entre sí no puede sintetizarse en la circunstancia física de "convivir", de tener "familiaridad", de "mutua ayuda" o "colaboración" y mucho menos de "vivir bajo el mismo techo", es claro que no es desconocedor en este aspecto la sentencia aquí suplicada, de las dos providencias de la Sala Plena se han dicho contrariadas.

No prospera, entonces, este cargo.

III. *Del recurso a la luz del escrito sustentatorio del mandatario judicial de la Nación (Policía Nacional) en este proceso.*

Oriéntase a demostrar que al decir el fallo que la Nación (Policía Nacional) es solidariamente responsable con el Municipio de Sincelejo, del resarcimiento de los daños causados por la tragedia de los palcos de la "corraleja" de la plaza "Hermógenes Cumplido", contraría dos fallos proferidos, ambos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; mas como ya esta Sala Plena tuvo ocasión de analizar las supuestas contradicciones que apunta el recurrente, en providencia de 5 de octubre de 1988 (Expediente núm. S-067, actores: Juan Evangelista Mesa Hernández y otro, consejero ponente, doctor Miguel González Rodríguez), al decidir un recurso extraordinario de súplica también interpuesto por la Nación (Policía Nacional), y así mismo en la calendada en esa dicha fecha (Expediente núm. S-038, actores: Víctor Callejas y otros, consejero ponente doctor Jorge Penen Deltieure), es pertinente transcribir de esta última, lo siguiente:

> "...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

autoriades sólo pueden actuar a petición de parte, previo el lleno de ciertas formalidades legales, y otro muy distinto, aquél 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 24 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 prosibilidades, 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 fuera 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 ésta debe entenderse dentro de las peculiares circunstancias de cada momento y sin que se le 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 haga 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 la 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 ésta no acude, su omisión consentida se resuelve necesariamente en negligencia, causante de perjuicios y originaria de responsabilidad. No se puede responsabilizar al Estado por la actividad furtiva y esporádica de los delincuentes. Se le responsabiliza cuando el desorden causante del daño se hace empresa pública y aquél no intenta siquiera contrarrestarlo. No puede quebrantarse sin consecuencia el artículo 16 de la Constitución'. (Sentencia de 17 de noviembre de 1967, actores: Alfonso Salazar y otros, consejero ponente, doctor Gabriel Rojas Arbeláez)" (subrayas fuera de los textos).

Es, por tanto, indiscutible que no hay contradicción entre el proveído suplicado por la Nación (Policía Nacional) y las jurisprudencias de Sala Plena que ha señalado. Como en el trámite de este recurso extraordinario no tiene cabida el análisis de las pruebas que sirvieron de fundamento al fallador de instancia, limitándose la Sala Plena a establecer si hubo o no una supuesta contradicción doctrinal y si debe mantenerse o rectificarse, derívase que el medio de impugnación no tiene vocación de prosperidad, máxime no habiendo razón para variar ahora la tesis sostenida en el fallo recurrido, la cual, por otra parte, ha sido reiterada, como se ha visto, en otros pronunciamientos de la Corporación.

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

Falla:

1º No se infirma la sentencia de 21 de julio de 1988, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de los actores.

2º No se infirma la misma sentencia en el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el mandatario judicial de la Nación (Policía Nacional) en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Sección de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de 29 de agosto de 1989.

NOTA DE RELATORIA: Los salvamentos de las doctoras Clara Forero de Castro y Consuelo Sarria Olcos, en esencia, son los mismos que suscribieron con motivo del fallo de febrero 7 de 1989, Expediente S-067, actor: Juan Evangelista Mesa Hernández, ponente doctor Miguel González Rodríguez, los cuales aparecen publicados en el Tomo III de Caja Agraria, páginas 20 a 24, y corresponden a los Extractos números 4 y 5 de dicho Tomo.

REITERACION JURISPRUDENCIAL. Sentencia octubre 5 de 1988, Expediente S-067 y sentencia 5 de octubre de 1988. Expediente S-038.

Antonio J. de Irisarri Restrepo, ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo*, ausente; *Samuel Buitrago Hurtado*, ausente; *Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro*, salva voto; *Miguel González Rodríguez*, aclara voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona*, ausente; *Carmelo Martínez Conn*, ausente; *Jorge Penen Deltieure*, ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos*, salva voto; *Hugo Palacios Mejía*, conjuez.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

PERJUICIOS MORALES-Hermanos/RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Aclaración de Voto)

El cargo debió decidirse con base en la nueva concepción jurisprudencial adoptada por la misma Sala Plena en febrero 7 de 1989 (Exp. S-067), según la cual 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, pues las relaciones afectivas de las personas no obedecen a reglas formales que puedan fijarse de antemano.

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

Referencia: Expediente número S-062. Recurso de súplica. Actores: Digna Rosa González 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 120 ordinal 7º de la C. N., 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 de derivar responsabilidad extracontractual de las entidades públicas con base en lo dispuesto por el artículo 16 de la C. N., 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 jurisprudncia sentada por la Sala Plena.

La descentralización territorial y por servicios es factor que no debe ignorarse cuando de señalar responsabilidades se trata; 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.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—

Referencia: Radicación S-062. Actor: Digna Rosa González y otros.

Con todo respeto, me aparto de la decisión mayoritaria que antecede por considerar que el recurso de súplica ha debido prosperar por cuanto en la sentencia recurrida, la Sala Plena cambió la jurisprudencia que venía sosteniendo el Consejo de Estado con relación a la responsabilidad del Estado por omisión.

En efecto:

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 judice,* la condena a la Nación colombiana y al Ministerio de Defensa Nacional se fundamenta en los artículos 16, 20 y 120 numeral 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, y que 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—, Policía 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, qué 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 al 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 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 solidaria de la Nación —Ministerio de Defensa, Policía Nacional— y del 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.

Fecha ut supra.

Consuelo Sarria Olcos.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

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

Referencia: Expediente S-062. Recurso de súplica. Actores: Digna Rosa González y otros.

Respetuosamente me aparté de la conclusión a que llegó la Sala en relación con el cargo formulado por el señor apoderado del grupo de recurrentes constituido por los hermanos Acevedo Navarro, hermanos sobrevivientes de José de los Santos Acevedo, a quienes se les negó en la sentencia recurrida el reconocimiento de los perjuicios morales, por cuanto consideré que el cargo debió de resolverse con aplicación de la concepción jurisprudencial adoptada por la propia Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 7 de febrero del corriente año, vigente en el momento de discutirse y adoptarse la sentencia a que me vengo refiriendo, según la cual "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", pues, las "relaciones afectivas de las personas no obedecen a reglas formales que puedan fijarse de antemano", razón por la cual es inadmisible que la sentencia exija, 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". Contra esto que se planteó en la sentencia suplicada, la Sala Plena vuelve a pronunciarse en la sentencia, respecto de la cual hice aclaración de voto, pero, no obstante ello, no se decide, repito, con base en la nueva jurisprudencia existente a partir de 7 de febrero de 1989.

Y debía decidirse el cargo con base en esta nueva concepción jurisprudencial, por cuanto, como lo ha dicho la misma Sala Plena en sentencia de agosto 31 de 1988, ponencia de Carlos Betancur J., actor Servicios Aéreos Ejecutivos Ltda., la Corporación, al decidir acerca de un recurso extraordinario de súplica, puede, compartiendo el criterio de la sección contrario al de la Sala Plena, acorgerlo y negar el recurso de súplica, o no compartiendo ni el de la Sección ni el que había expresado la misma Sala Plena con anterioridad, adoptar un nuevo criterio y fallar de acuerdo a éste, más si se tiene en cuenta que ese nuevo criterio ya había sido acogido con posterioridad a la sentencia recurrida, pero con anterioridad a la decisión del recurso de súplica. Sin embargo, así no quiso obrar la Sala en esta oportuni-

dad, y ello conduce a deteriorar, una vez más, la creencia en nuestras instituciones, en especial en la justicia que impartimos, o que, mejor, dejamos de hacer en no muy contadas excepciones, anteponiendo rigorismos procesales inadmisibles en el mundo moderno.

En síntesis, consideré que este cargo estaba llamado a prosperar y expresé las razones anteriores a la Sala, pero ellas no fueron consideradas por la mayoría.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado. Sección Quinta.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/DEMANDA-Interpretación/DEMANDA-Requisitos

Como entre las jurisprudencias que se dicen contrariadas por la sentencia recurrida y ésta misma no existe identidad de materia, no puede, entonces, hablarse de modificación jurisprudencial y en consecuencia, habrá de confirmarse la providencia recurrida.
Decir en un caso particular, especial, que la demanda, por la forma como presenta las peticiones o el concepto de la violación y por carecer de un relato de los hechos fundamentales de la acción, impide fallar de fondo, no es lo mismo que sostener que el artículo 137 del C. C. A., no permite la interpretación de aquella.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Objeto

La Sala Plena del Consejo de Estado sólo puede entrar a revisar la sentencia suplicada y a fallar de mérito, cuando encuentra que aquélla sí contiene un cambio en la jurisprudencia que se alega contrariada, pero que ésta amerita ser mantenida o que debe ser modificada, pero en forma diferente a como lo hace dicha providencia recurrida, y cuando además, el punto de derecho interpretado en forma contraria a la jurisprudencia, constituye el único soporte del fallo, en caso contrario, no puede hacerlo, porque rebasaría la naturaleza y finalidad del recurso extraordinario.

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

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número S-094. Actor: Jorge Alberto Ochoa y otra. Recurso extraordinario de súplica contra sentencia de 3 de marzo de 1989 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Se decide el recurso extraordinario de súplica intentado por el señor apoderado de Jorge Alberto Ochoa y Luz Stella Ochoa Pérez contra la sentencia de 3 de marzo de 1989 proferida por la Sección Primera de esta Corporación, dentro del proceso de la referencia.

I. *Antecedentes:*

El día 10 de diciembre de 1981, un grupo combinado de funcionarios de la Policía Judicial, de la División de Investigaciones Especiales de la Dirección General de Aduanas, del Departamento Administrativo de Seguridad del Resguardo de Aduanas decomisaron a los actores, en el Aeropuerto Olaya Herrera de Medellín, la suma de US$ 79.000.00 como falsos.

La Superintendencia de Control de Cambios luego de abrir investigación administrativa a los demandantes y de realizar las diligencias pertinentes, profirió la Resolución número 0359 de 17 de junio de 1986 por la cual impuso sendas multas a los investigados, ordenó se les devolvieran las divisas netas recibidas por esta entidad, previa su conversión a moneda legal y se les hiciera la prevención del caso para el evento de no pago de la multa, a la vez que encomendó a la oficina seccional de dicha Superintendencia para que realizara la notificación correspondiente.

Los afectados con el acto administrativo citado demandaron ante esta Corporación su nulidad y pidieron la restitución de las multas impuestas y pagadas, la reparación de los perjuicios alegados por el extravío de US$ 80.000.00, el pago del lucro cesante, el valor de la corrección monetaria de los dineros que salieron de su patrimonio y hasta cuando se les restituyeran y se condenara también al Estado (Superintendencia de Cambios) al pago de los perjuicios morales, "subjetivados (sic) y objetivados, ocurridos (sic) con el acto administrativo irregular e indebido".

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación resolvió la litis mediante la sentencia recurrida, declarándose inhibida para una decisión de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, pues explicó en su parte motiva que el escrito "acusa muy serios desaciertos y yerros manifiestos que impiden entrar en un análisis de fondo en torno del problema planteado por los demandantes" y para sustentar este aserto expresó:

> "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 llevarse 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 C. C. A., ha expresado que 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.

"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 C. C. A., 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" (fls. 154 y 155, cdno. 1).

En tiempo hábil para el efecto, se interpuso el recurso extraordinario de súplica, que ahora se decide, por considerar los actores que el escrito de demanda no contiene las fallas de técnica que le atribuye la sentencia y que ésta contraría la jurisprudencia contenida en sentencia de 27 de noviembre de 1959 de la Sala de lo Contencioso proferida en proceso de que fue actor Nicolás Ricardi, gerente de la sociedad "Ricardi, Ambrosi y Cía.", jurisprudencia reiterada en la sentencia de 26 de abril de 1983 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa, dictada dentro del proceso de que fue actor la sociedad "Inversiones Margoth Moanack Cía. S. en C.

Los demandantes para "ahondar en razones de orden legal", según dijeron, procedieron a citar "otras providencias que en el mismo sentido de las anteriores se oponen en lo sustancial a lo resuelto" en la sentencia recurrida extraordinariamente.

Se pide entonces en el libelo sustentador del recurso la revocación de la sentencia impugnada y el fallo en el fondo de la cuestión planteada, acogiendo en forma favorable las pretensiones de la demanda, para lo cual cita de nuevo las disposiciones constitucionales que estima se vulneraron por la Superintendencia de Control de Cambios y explica por qué fue así, en su opinión, para concluir que el fallo de

la Sección Primera "contraría notablemente la mencionada jurisprudencia que al respecto ha sentado de manera favorable a los actores, cuando se trata de establecer en contrato de libelo oscuros o deficientes en ningún texto de carácter procedimental, que haga obligatoria su aplicación o cumplimiento".

Consideraciones:

1º Es principio fundamental, que por consiguiente debe tenerse siempre en cuenta al estudiar la procedencia del recurso extraordinario de súplica, que éste no puede constituirse en una segunda instancia de un proceso que sólo tiene una, ni en una tercera de los que gozan de dos.

2º El recurso extraordinario de súplica tiene como finalidad primordial unificar la jurisprudencia por cuanto estando dividida la Sala de lo Contencioso Administrativo en cinco secciones, en la práctica pueden producirse fallos en donde se interpreten puntos de derecho en forma contradictoria o con diferente alcance, lo cual, naturalmente no da seguridad y firmeza ni al gobierno ni a los gobernados, como acertadamente lo sugiere la ponencia que se presentó para segundo debate de la que se convirtió en Ley 11 de 1975 y que cita el doctor Carlos Betancur Jaramillo en su obra *Derecho procesal administrativo* (Señal Editora, Medellín 1985, págs. 378 y 379).

3º Por jurisprudencia se entenderá, no el concepto general de ciencia del derecho, sino el más restringido de decisión o conjunto de decisiones de los Tribunales, que contengan su criterio sobre un punto de derecho, como consecuencia de la interpretación de una norma positiva en cuyos supuestos de hecho se subsumieron los materiales del caso que dio lugar a esa interpretación.

4º Como quien debe, por razón del recurso, buscar la unificación de la jurisprudencia, no puede adelantarse en el estudio de las situaciones fácticas envueltas en la sentencia recurrida, pretensamente contradictoria de la establecida, sino y sólo en el evento de que encuentre que aquélla contraría la establecida.

5º Tiene establecido la Corporación que las jurisprudencias que se estimen establecidas y con las cuales debe compararse la sentencia recurrida deben provenir de la antigua Sala de Negocios Generales, o de la Sala de lo Contencioso Administrativo o de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por las razones explicadas con claridad en sentencia de 31 de agosto de 1988 (Expediente núm. S-032, actor: Servicios Aéreos Ejecutivos Ltda. SEA Ltda.).

6º Es bueno advertir, como ya se dijo en la providencia citada, que el propósito loable de unificar la jurisprudencia no implica que la fijada no puede ser modificada, pues si fuera así se le estaría dando

el rango de ley y el precedente sería obligatorio y no existe ley que tal cosa disponga.

7º Sentada así la naturaleza y fin del recurso, se ve con claridad que la Sala Plena al adentrarse en el estudio del que admita, para resolverlo debe en primer lugar determinar cuál es la jurisprudencia que se alega como establecida y presuntamente contradicha, enseguida determinará cuál es el criterio fijado en la sentencia recurrida para precisar si se trata del mismo a que se refieren las anteriores y si encuentra que es así, entonces verá si ratifica su jurisprudencia por estimar que no existe razón para variarla o encuentra que vale la pena hacerlo y procede en consecuencia. Pero puede suceder también que encuentre que sí hay discrepancia en la interpretación dada en la providencia recurrida con los precedentes jurisprudenciales pero considere que fue más acertada la decisión de la Sección; en tal caso así lo declarará, sin modificar, entonces, la providencia objeto del recurso, lo que implicará en tal evento, cambiar su jurisprudencia anterior.

En otras palabras, la Sala Plena tiene las siguientes opciones en relación con la sentencia recurrida.

Primera. Confirmarla, por considerar que no viola jurisprudencia anterior de la misma Sala o de las antiguas Salas de Negocios y de lo Contencioso Administrativo.

Segunda. Mantenerla porque encuentra que la jurisprudencia que se alega contrariada es de algunas de las secciones.

Tercera. Confirmarla, por considerar que se amerita variar esa jurisprudencia anterior, acogiendo en cambio la sentada en la sentencia recurrida.

Cuarta. Modificar el fallo recurrido por considerar que sí cambia la jurisprudencia establecida y que al variarla ello incide en la parte resolutiva, y en este caso podrá o acoger esa jurisprudencia o adoptar una intepretación distinta al punto de derecho controvertido por estimar, se repite, que no existe razón para mantener dicha jurisprudencia.

En síntesis, esta Sala Plena sólo puede entrar a revisar la sentencia suplicada y a fallar de mérito, cuando encuentra que aquélla sí contiene un cambio en la jurisprudencia que se alega contrariada, pero que ésta amerita ser mantenida o que debe ser modificada, pero en forma diferente a como lo hace dicha providencia recurrida, y cuando además, el punto de derecho interpretado en forma contraria a la jurisprudencia, constituye el único soporte del fallo. En caso contrario, no puede hacerlo, porque rebasaría la naturaleza y finalidad del recurso extraordinario.

Todo lo anterior hace necesario un proceso de raciocinio que implicará para la Sala Plena formularse entre otras posibles, las siguientes preguntas:

a) Cuál es el punto de derecho y cuál el criterio sobre éste fijado en las jurisprudencias que se alegan violadas?

b) Cuál es el punto de derecho y cuál el criterio sobre éste fijado en la sentencia recurrida en súplica extraordinaria?

c) Existe identidad de materias entre las primeras jurisprudencias presuntamente violadas y la segunda?

d) Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, influyó el criterio sobre el punto de derecho en la parte resolutiva del fallo?

Pero en lo expuesto subyace una premisa indispensable para el éxito del recurso: Que la interpretación dada al punto de derecho de que trae tanto la sentencia controvertida como la jurisprudencia que se alega contrariada debe constituir el fundamento del fallo pronunciado en aquélla, porque de no ser así o cuando a pesar de modificarse la interpretación permanezcan incólumes los demás motivos justificativos de la decisión tomada, el recurso no estará llamado a prosperar, pues, se repite, él no constituye una segunda o tercera instancia.

8º Pero naturalmente que ese proceso de raciocinio debe seguirlo también el recurrente y en lo posible concretarlo al sustentar el recurso con miras al éxito de su pretensión. Es una lástima que el legislador no haya reglamentado sino muy esquemáticamente la súplica extraordinaria porque ello ha llevado a la presentación de libelos faltos de técnica, en los cuales no se determinan con exactitud los criterios sobre el punto de derecho en que realmente consiste la jurisprudencia que se considera violada, ni tampoco se explica cuál es la pretendida discrepancia, ni menos suele expresarse con precisión qué se pretende que haga la Sala cuando considere que sí existe dicha inconformidad jurisprudencial.

9º Aplicando todo lo dicho al caso concreto sobre el cual debe ahora pronunciarse la Sala, se encuentra lo siguiente:

a) La primera jurisprudencia que se estima violada consiste en un fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del cual fue ponente el consejero doctor Gabriel Rojas Arbaláez, de fecha 27 de noviembre de 1959, que corre publicado en el Tomo LXI-Bis de los *Anales*, a la página 157 y siguientes, infortunadamente no en su totalidad sino en un extracto, que no permite conocer exactamente cuál fue el caso concreto que lo originó; pero de lo que allí se lee, aparece evidente que una de las tesis sentadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo y precisamente la que interesa al recurrente en nuestro caso, fue que el ordinal 4º del artículo 84 de la Ley 167 de 1941 "no determina y tal vez no podría determinar, es qué tan explícito debe ser éste (se refiere al concepto de la violación), qué extensión deba tener, hasta dónde y cómo debe adelantar el de-

mandante su análisis", por lo cual consideró que en el caso de la sentencia apelada, pudiendo el fallador precisar cuáles disposiciones estimaba el actor que no habían sido aplicadas, si a los presupuestos "existentes en autos" se aplicaron unas no pertinentes o si fue que ellos se les quiso hacer producir efectos, no se daba por ese aspecto la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda. Anotamos que por razón de la ausencia del texto completo de la demanda no se puede saber quién alegó, en este caso, la excepción, si lo fue la fiscalía del Tribunal o si lo fue la administración a través de apoderado especial.

b) La segunda jurisprudencia que el recurrente estima violada aparece en una sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 26 de abril de 1983, de la cual fue ponente el consejero doctor Jorge Valencia Arango y que corre publicada en los *Anales*, Tomo IV, página 1004 y siguientes en donde al resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte demandante, la Sala encontró que como la sentencia acusada sí citaba las disposiciones violadas aunque el concepto de su violación había sido expuesto en forma genérica y vaga, se conformaba el caso con el anteriormente citado el 27 de noviembre de 1959, y por consiguiente resultaba patente la contrariedad jurisprudencial y por ello decidió anular la sentencia acusada y en su lugar profirió la de instancia que la reemplazara. Es decir, la Sala ratificó la jurisprudencia consistente en considerar que el ordinal 4º del artículo 84 de la Ley 167 de 1941 establecía la necesidad de señalar en la demanda las disposiciones violadas pero no qué tan explícita debía ser la explicación de las razones por las cuales se estimaba que se había producido la violación, qué extensión debía tener la exposición y cómo debía ella hacerse.

c) Atrás se expresó que el recurrente, para abundar "en razones de orden legal", citó en la sustentación del recurso otras decisiones del Consejo como son las contenidas en sentencia de 26 de enero de 1949 (*Anales*, Tomo LVIII, pág. 336 y ss.); en auto de 11 de agosto de 1973 de la Sección Cuarta (*Anales*, Tomo LXXXV, pág. 457 y ss.) y en fallo de agosto 30 de 1983 (*Anales*, Tomo CV, pág. 1087 y ss.), en donde, en la primera y la tercera el Consejo, a través de su Sala de lo Contencioso Administrativo, respectivamente, y en la segunda a través de la Sección Cuarta, examinó el tema del requisito que debía llenar la demanda de acuerdo con el ordinal 4º del artículo 84 de la Ley 167 de 1941, consistente en contener "la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación". En la última de dichas providencias, la Sala acogió una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la obligación del juzgador de interpretar la demanda en conjunto para decidir la intención del actor, que muchas veces, dice el alto Tribunal está contenida "no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho".

d) Como se explicó atrás, la Sección Primera de esta Corporación falló declarándose inhibida para una decisión de fondo de ineptitud sustantiva de la demanda, porque según explicó en su parte motiva, ella adolece a su parecer de graves deficiencias pues es confusa, no se expresaron los hechos en que se funda ni se hace un "verdadero señalamiento de las normas positivas de derecho de rango superior que se estiman violadas por el acto acusado", requisitos que dice con verdad, están señalados en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 137 del C. C. A., y que constituye "formalidades esenciales para que la demanda pueda prosperar".

e) Se tiene, entonces, que mientras las jurisprudencias que se estiman violadas se refieren a la interpretación que deba darse al requisito que señalaba el numeral 4º del artículo 84 de la Ley 167 de 1941 y que hoy prescribe el mismo numeral del artículo 137 del Decreto 01 de 1984, la sentencia recurrida en súplica extraordinaria habla de faltar en la demanda, para cuya decisión de fondo se declara inhibido, requisitos adicionales a los del mencionado numeral, faltas que conjuntamente con la de éste, llevó a la Sección Primera a tomar la determinación anotada.

Como entre las jurisprudencias que se dicen contrariadas por la sentencia recurrida y ésta misma, no existe identidad de materia, no puede, entonces, hablarse de modificación jurisprudencial y en consecuencia, habrá de confirmarse la providencia recurrida.

Pero, a mayor abundamiento, la Sala se permite tres observaciones adicionales, a saber: a) Si se lee con atención la sentencia materia del recurso podrá observarse que no es que en ella se afirme que el juzgador no deba interpretar las demandas para determinar cuáles son las disposiciones violadas y por qué lo fueron, en concepto del demandante, y que, además, por ello deba declararla inepta, sino que lo que expresa es que, en este caso particular, el libelo adolece de graves deficiencias tanto en el *petitum* como en el concepto de la violación y porque omite la expresión de los hechos de la demanda, estos desaciertos y yerros, le impiden "entrar en un análisis de fondo en torno del problema planteado"; lo cual es bastante diferente a contrariar la tesis de la Sala expresada en los varios fallos citados; 2. Decir en un caso particular, especial, que la demanda, por la forma como presenta las peticiones o el concepto de la violación y por carecer de un relato de los hechos fundamentales de la acción, impide fallar en el fondo, no es lo mismo que sostener que el artículo 137 del C. C. A., no permite la interpretación de aquélla; 3. Aun cuando en gracia de discusión se aceptara que cuando la sentencia recurrida le objeta a la demanda el no haber señalado en forma ordenada las normas positivas de rango superior que se estimaban violadas por el acto acusado, implícitamente, por lo menos, contrario o modificó las jurisprudencias que sirvieron para sustentar la *causa petendi* del recurso, se tendría que esa pretendida violación apenas afectaría una de las razones que llevaron al sentenciador a fallar como lo hizo, quedando incólu-

mes las otras que sustentan la misma decisión, con lo cual, por esta razón, tendría también que decirse sobre la improcedencia del recurso.

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

Falla:

Declárase que no prospera el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de tres (3) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989) dictada por la Sección Primera de esta Corporación dentro del expediente de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva que antecede.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de fecha 12 de septiembre de 1989.

Antonio J. de Irisarri Restrepo, presidente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Reynaldo Arciniegas Beadecker, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado,* ausente; *Guillermo Chahín Lizcano,* con aclaración de voto; *Gustavo de Greiff Respo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn,* ausente; *Jorge Penen Deltieure, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta,* ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Aclaración de Voto)

Seguir la opción de la cual me aparto, podría conducir al injusto absurdo de llevar a una providencia que admite como próspero el recurso de súplica y por consiguiente da victorioso al impugnante pero a renglón seguido lo despoja de su victoria con un fallo de instancia que no acoge la doctrina por cuyo imperio se trabó la litis, sino otra que se diseña ad hoc *como nueva posición oficial de la Corporación.*

Referencia: Expediente número S-094. Actor: Jorge Alberto Ochoa Ochoa y otra.

La providencia que es objeto de la aclaración de voto, menciona como opciones que tiene la Sala Plena en relación con la sentencia recurrida en súplica extraordinaria, cuatro, de las cuales comparto las tres primeras y creo que en ellas se agota la jurisdicción de la Corporación.

Dichas opciones son:

> "*Primera.* Confirmarla, por considerar que no viola jurisprudencia anterior de la misma Sala o de las antiguas Salas de Negocios y de lo Contencioso Administrativo.
>
> "*Segunda.* Mantenerla porque encuentra que la jurisprudencia que se alega contrariada es de algunas de las secciones.
>
> "*Tercera.* Confirmarla, por considerar que se amerita variar esa jurisprudencia anterior, acogiendo en cambio la sentencia recurrida".

No estoy de acuerdo, sin embargo con la cuarta de las opciones formuladas y allí radica el motivo de mi disenso. Plantea dicha hipótesis que la Sala Plena podría:

> "*Cuarta.* Modificar el fallo recurrido por considerar que sí cambia la jurisprudencia establecida y que al variarla ello incide en la parte resolutiva, y en este caso podrá o acoger esa jurisprudencia o adoptar una interpretación distinta al punto de derecho controvertido por estimar, se repite, que no existe razón para mantener dicha jurisprudencia" (fl. 176).

Seguir esta opción podría conducir al injusto absurdo de llevar a una providencia que admite como próspero el recurso de súplica y por consiguiente da victorioso al impugnante pero a renglón seguido lo despoja de su victoria con un fallo de instancia que no acoge la doctrina por cuyo imperio se trabó la litis, sino otra que se diseña *ad hoc* como nueva posición oficial de la Corporación. Creo que una cosa es el papel unificador de la jurisprudencia que debe cumplir la Sala Plena del Consejo de Estado y otro el que le corresponde a esta Corporación como juez de instancia con capacidad para revocar y reformar los fallos de instancia inferiores.

Finalmente me parece verdaderamente odioso y azas injusto que el significado de la providencia de la Sala Plena en la hipótesis comentada sea el de que el litigante gana el recurso pero pierde el pleito porque dicha Sala consideró que la jurisprudencia válida y aplicable no era ni la contenida en la providencia recurrida, ni la que se dijo contrariada y tal se aceptó por la Sala Plena, sino la diferente y nueva que se sienta en la oportunidad y para el caso.

Fecha ut supra.

Guillermo Chahín Lizcano.

COLPUERTOS / ACTOS - Naturaleza / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA / TASA- Concepto

Cuando las empresas industriales o comerciales del Estado excepcionalmente ejercen funciones públicas, que le son confiadas en el acto de su creación, las decisiones que profieran para cumplirlas deben considerarse administrativas y su juzgamiento corresponde a la justicia contencioso administrativa.
Lo cobrado por concepto de servicios portuarios es una tasa, o sea la cantidad que cobran las entidades públicas como retribución por los servicios que prestan.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., diez de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número S-011. Actor: NAVEMAR Ltda. Recurso de súplica.

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado interpone recurso extraordinario de súplica contra el auto de 12 de noviembre de 1986, mediante el cual la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de esta Corporación, al resolver un recurso de apelación propuesto por la sociedad NAVEMAR Limitada contra el auto de 28 de octubre de 1985 —proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena—, inadmisorio de la demanda presentada por tal sociedad, decidió declarar la nulidad de todo lo actuado incluyendo el auto inadmisorio de la demanda, y ordenar el archivo del expediente, por falta de competencia de esta jurisdicción para conocer del asunto.

El señor fiscal estima que el auto recurrido "está acogiendo una doctrina totalmente opuesta a la jurisprudencia que, en relación con la calificación jurídica de los actos y las actividades que desde su creación viene desempeñando COLPUERTOS, ha sostenido desde tiempos pretéritos nuestra más alta Corporación".

Agrega que: "en relación con los cobros que hace COLPUERTOS por los servicios que en cumplimiento de la actividad portuaria que desempeña, la cual ha sido y sigue siendo función pública y como tal sujeta al ámbito especial del derecho público, la Corporación con fun-

damento en las normas que asignan a la citada empresa una función pública en cuanto consagra como propio de sus funciones liquidar, cobrar y recaudar el importe de los servicios que presta, se pronunció en el sentido de que esos cobros eran tasas (sentencia de la Sala Plena de 6 de agosto de 1964 con ponencia del honorable consejero Ricardo Bonilla Gutiérrez *Anales del Consejo de Estado,* T. LXVIII, núms. 405-406, pág. 145), a esa doctrina se agregó, en sentencia de 22 de febrero de 1968, que las tasas son las cantidades que se pagan por una prestación de un ente público, es decir, solamente se le pagan tasas a las entidades del Estado y por consiguiente todo lo relacionado con dichos cobros está regulado por el derecho administrativo.

Ahora bien, en lo relativo a las controversias derivadas de las actividades y los objetivos que persigue COLPUERTOS, el Consejo de Estado igualmente se había pronunciado, mediante sentencia de 29 de noviembre de 1977 con ponencia del honorable consejero Carlos Betancur Jaramillo, en el sentido de que la jurisdicción adecuada para conocer de las controversias que respecto de COLPUERTOS se susciten por las actividades que adelanta esta empresa, es la contenciosa administrativa; en el mismo sentido se produjeron otras sentencias en asuntos similares".

El auto suplicado:

La sociedad NAVEMAR Ltda., por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho presentó demanda ante el Consejo de Estado y formuló estas peticiones:

> "1.1. Que se declare nula la Resolución número 545 de fecha 2 de enero de 1984, emanada del gerente de la Empresa Puertos de Colombia COLPUERTOS, Terminal Marítimo de Santa Marta, mediante la cual se negó el reclamo de NAVEMAR contra la liquidación contenida en la Factura FN 184 de 2 de septiembre de 1983, y se confirmó el monto facturado y cobrado por servicios prestados a la motonave Efdim Junior y además ordenó cobrar $ 65.020.00 pesos a los señores de NAVEMAR Ltda., dejados de cobrar, la cual acompaño en original al carbón.
>
> "1.2. Que se declare nula la Resolución número 128 (sin fecha) mediante la cual el gerente general de la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS—, Terminal Marítimo de Santa Marta, no accedió a la solucitud de reposición interpuesta contra la Resolución número 545 de 2 de enero de 1984, la confirma en todas sus partes y concedió la apelación interpuesta, la cual acompaño en original al carbón.

"1.3. Que se declare nula la Resolución número 28326 de 13 de febrero de 1985, mediante la cual el gerente general de la Empresa Puertos de Colombia resolvió confirmar la Resolución número 545 de enero 2 de 1984, y declaró agotada la vía gubernativa, la cual acompaño en original con sellos.

"1.4. Subsidiariamente, y para efecto de que se considere que esta factura es también acto administrativo o que su nulidad es presupuesto para el éxito de la acción, también pido que se declare nula la factura FN número 184 de fecha 2 de septiembre de 1983 mediante la cual Puertos de Colombia —Terminal de Santa Marta—, liquidó a NAVEMAR prestados a la motonave Efdim Junior por varios valores, la que acompaño en original.

"2.1. Que como consecuencia de las nulidades solicitadas en los puntos anteriores se declare que la Empresa Puertos de Colombia COLPUERTOS, está obligada a reparar a NAVEMAR Ltda., el daño causado así:

"**2.1.1.** El mayor valor facturado y cobrado por COLPUERTOS a NAVEMAR Ltda., y pagado indebidamente por la segunda a la primera, por concepto de servicios prestados a la motonave Efdim Junior, en el descargue de 1.070.770 kilos de rollos de papel periódico, mediante factura FN 184 de 2 de septiembre de 1983, confirmada por los actos impugnados, por haber utilizado el factor volumen y no el factor peso, de acuerdo con el estatuto tarifario de COLPUERTOS aprobado por el Decreto 550 de 1981, en cuantía de $ 538.728.00.

"2.1.2. Más los intereses moratorios comerciales de la suma anterior, liquidados a la tasa que certifique la Superintendencia Bancaria, o la que legalmente corresponda, desde la fecha del pago de la factura que tuvo lugar en 5 de agosto de 1983 hasta la fecha en que se produzca la restitución del mayor valor pagado a COLPUERTOS.

"2.1.3. Más el importe de la depreciación monetaria de la suma de $ 538.728.00 en el período comprendido entre la fecha del pago de los servicios a COLPUERTOS arriba indicada y la fecha en que según la sentencia deba hacerse la restitución del importe enunciado en el numeral primero anterior, computado conforme al índice de variación de precios al consumidor de ingresos medios, o equivalente, fijado por el Departamento Nacional de Estadística DANE, en este período, según certificación que solicito decretar en el capítulo de pruebas de este escrito para la fecha en que ha de proferirse el fallo.

"2.1.4. Los demás perjuicios que demuestre en el curso del proceso.

"2.1.5. Que se condene a la Empresa Puertos de Colombia, COLPUERTOS a pagar los costos del presente juicio al tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo y los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil".

Estimando el consejero sustanciador que en razón de la cuantía y por el factor territorial, el asunto era de competencia del Tribunal Administrativo del Magdalena, le envió el expediente y dicho Tribunal profirió el auto de 28 de octubre de 1985 rechazando la demanda por caducidad de la acción.

Apelado este auto, la Sección Primera del Consejo de Estado estimó oportuna la presentación del libelo y por tanto revocable la providencia impugnada; pero encontró configurada una causal no saneable de nulidad, contemplada en el artículo 152 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil, por considerar que el conocimiento del asunto correspondía a la jurisdicción ordinaria y no a la Contencioso Administrativa.

Para llegar a tal conclusión tuvo en cuenta la Sección Primera, que la Empresa Puertos de Colombia, creada inicialmente como establecimiento público por la Ley 154 de 1959, cambió su naturaleza jurídica y fue organizada como empresa comercial del Estado, correspondiéndole entre sus funciones "organizar y prestar por intermedio de sus terminales, servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga que entre, salga, permanezca o circule dentro del área del Terminal 'y' liquidar, cobrar y recaudar el importe de los servicios que preste la empresa".

Que el Código de Comercio tiene como acto mercantil "la explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes y campos de aterrizaje", y así, COLPUERTOS despliega actividad mercantil por experiencia cuando suministra sus servicios a las naves o mercancías que llegan a los puertos colombianos, cobrando a los usuarios las tarifas fijadas en los Decretos 853 de 1979 y 1714 de 1980.

Y que siendo ello así surge de manera indubitable que las relaciones entre COLPUERTOS y las empresas navieras son de índole comercial y los actos que realicen en desenvolvimiento de ellas "actos u operaciones mercantiles", y facturas comerciales las que liquidan el valor de tales servicios.

Concluye la Sección Primera diciendo, que por ser la litis de carácter mercantil, así se hubieran dictado por COLPUERTOS las resoluciones acusadas, que no son sino confirmación de la liquidación contenida en facturas comerciales por los servicios prestados, debe ser

dirimida por la justicia ordinaria y no por la contencioso administrativa.

Fundamentación del recurso:

El señor fiscal recurrente en súplica considera que la Sección Primera modificó la jurisprudencia contenida en las siguientes providencias:

Sentencia de 6 de agosto de 1964, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el proceso número 1868, incoado por la Flota Mercante Gran Colombiana.

Sentencia de 22 de febrero de 1968, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

Auto de 29 de noviembre de 1977, expedido por la Sala de Decisión de la Sección Tercera, para confirmar el del ponente, que no accedió a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia.

Hace luego extenso análisis de la actividad desarrollada por COLPUERTOS, para concluir que en este caso es administrativa puesto que la retribución que exige por los servicios que presta es una tasa regulada por el derecho público, y que así se definió en las providencias invocadas.

Procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

Consideraciones:

Armonizando lo dispuesto por el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 con las previsiones del artículo 2º de la Ley 11 de 1975, que consagra el recurso extraordinario de súplica, ha entendido el Consejo de Estado que éste procede cuando por alguna de las secciones y sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia sentada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o por las antiguas Salas de Negocios Generales y Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.

Queda excluida por tanto, la confrontación jurisprudencial propia de este recurso, con providencias emanadas de las diferentes secciones del Consejo de Estado.

Partiendo de esta base, únicamente se podrá analizar la jurisprudencia contenida en el auto recurrido, frente a la que se sostuvo en la sentencia de 6 de agosto de 1964, para establecer si la Sección Primera hizo realmente un cambio jurisprudencial.

La referida sentencia de 6 de agosto de 1964 se produjo para decidir el proceso incoado por la Flota Mercante Gran Colombiana contra algunas decisiones de la empresa Puertos de Colombia.

Ciertamente en ese fallo no fue debatido el aspecto de la competencia de la jurisdicción Contenciosa Administrativa para conocer de los actos emanados de Puertos de Colombia, dado que, en el año en que fueron proferidos los allí acusados, la empresa era un establecimiento público y por tanto sus decisiones se consideraban siempre actos administrativos.

Lo anterior daría pie para pensar que siendo dos situaciones diferentes no puede hablarse de cambio jurisprudencial. Sin embargo, analizando más a fondo el contenido de las providencias confrontadas y los argumentos expuestos por el señor fiscal recurrente se observa, que los conceptos plasmados en la sentencia del año 1964 acerca de la naturaleza de la retribución que percibe la empresa por los servicios que presta, influyen sustancialmente en la calificación de públicas o privadas que pueda atribuirse a las decisiones que para su cobro adopte la empresa, y por ende en la determinación de la jurisdicción competente para pronunciarse sobre su legalidad.

En el año de 1975 se produjo un cambio en la naturaleza jurídica de Puertos de Colombia porque de establecimiento público pasó a ser empresa comercial del Estado, y ese cambio se refleja también en el régimen de sus actos y contratos.

Pero lo que sí conserva identidad de naturaleza es la actividad que desarrolla en cuanto a servicios portuarios, y la retribución que cobra por ellos. Ahora bien: de la concepción que sobre ello se tenga derivan consecuencias importantes para la determinación de la jurisdicción competente para juzgar los actos que con la aplicación de tarifas se relacionen.

Sabido es, que lo que se pretende al dar la forma de empresa industrial o comercial del Estado a una entidad, es la agilización de sus procedimientos, de su manera de actuar, equiparándola a la de los particulares que se ocupan de similares asuntos, para hacerla más expedita.

Por eso la regla general es la de que sus actos o contratos se rigen por el derecho privado, están dispensados de numerosas formalidades y la jurisdicción competente para conocer de ellos es la ordinaria.

Sin embargo cuando excepcionalmente ejercen funciones públicas, que le son confiadas en el acto de su creación, las decisiones que profieran para cumplirlas deben considerarse administrativas y su juzgamiento corresponde a la justicia contencioso administrativa.

En la sentencia de 6 de agosto de 1964 se analizaron los servicios portuarios y la naturaleza de lo cobrado por tal concepto, para convenir en que es una tasa, o sea, la cantidad que cobran las entidades públicas como retribución por los servicios que prestan.

Expresó la referida sentencia:

"Cuestión diferente es la relativa al 'servicio de pilotaje'. La propia entidad demandante reconoce que lo cobrado por ese concepto equivale a una 'tasa', entendiendo por tal el pago debido por la prestación de un servicio, equiparable... a los de manipulación de carga, apertura y cierre de bodegas, alquiler de equipos flotantes y terrestres y otros semejantes. Se trata en todos estos casos de una colaboración activa del personal y de los equipos de la empresa portuaria en servicio de las naves. Tales elementos humanos y mecánicos ejecutan una tarea que supone un costo especial para servir a los barcos y el costo de esa actividad es lo que se retribuye bajo la denominación de tasa".

El auto recurrido califica la actividad de servicio a los barcos que cumple COLPUERTOS, como un acto mercantil, basándose para ello en el artículo 20 numeral 9º del Código de Comercio, según el cual es acto mercantil "la explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes y campos de aterrizaje".

Dice así el auto:

> "Así, COLPUERTOS despliega *actividad mercantil por excelencia* cuando suministra sus servicios a las naves o mercancías que llegan a los puertos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta, Tumaco, San Andrés y Leticia. Y cobra también por ellos a sus usuarios las tarifas fijadas en los Decretos 853 de 1979 y 1714 de 1980.
>
> "... ... ...
>
> "f) De todo lo expuesto anteriormente surge de manera indubitable que las relaciones entre COLPUERTOS y las empresas navieras o sus agentes marítimos son de índole comercial y que los actos que realicen en desenvolvimiento de ellas son 'actos u operaciones mercantiles' (art. 20 numerales 8º, 9º y 11 del Có. de Co.).
>
> "Derivación obvia y normal dentro de esa clase de actos son las facturas comerciales que en virtud de la prestación de tales servicios expide COLPUERTOS a esas empresas".

Para la Sala es claro que en esta última providencia se despoja de la denominación jurídica de tasa, con todas sus implicaciones, a la suma que cobra la Empresa Puertos de Colombia como retribución por los servicios que presta, convirtiendo en simple factura comercial el acto de liquidación del valor de tales servicios, precisamente por considerarlos actos mercantiles.

Se produjo entonces un cambio jurisprudencial, que sólo podía operarse a través de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y no por decisión de una de sus secciones.

Siendo ello así, preciso es concluir que el recurso extraordinario de súplica está llamado a prosperar y en consecuencia debe infirmarse el auto recurrido, debiendo la Sala proferir el que desate el recurso de apelación contra el auto de 28 de octubre de 1985, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Magdalena decidió rechazar la demanda por caducidad de la acción.

Al efecto, la Sala

Considera:

Por el aspecto de la competencia, contrariamente a lo afirmado por la Sección Primera de esta Corporación, la demanda es admisible y no hay lugar a declarar nulidad de lo actuado, por las siguientes razones:

Al disponer el Decreto-ley 1174 de 1980 que la fijación de tarifas que deban cobrarse por los servicios portuarios se haga mediante acto administrativo, pues requiere la aprobación del Gobierno Nacional, le está dando el carácter de "tasa", a las sumas que se cobran por tales servicios, como lo tenía establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Ahora bien: los actos que se expiden para aplicar esas tarifas, constituyen simplemente una interpretación del acto general que las determinó, dictado en forma unilateral. Para cumplir con los principios de publicidad y contradicción que deben informar las actuaciones administrativas, se estableció en el Decreto 550 de 1981 y en la Resolución número 083 de 17 de junio de 1983 la obligación de notificar la liquidación contenida en las facturas, y además, un verdadero procedimiento gubernativo; procedimiento que se utiliza en este caso para controvertir una decisión, como ocurre frente a cualquier otro acto de la administración.

Las decisiones de los particulares no están sometidas a controversia mediante procedimiento gubernativo.

De manera que, bien puede sostenerse, que todo lo relacionado con la interpretación y aplicación de esas tarifas, constituye acto administrativo demandable ante esta jurisdicción.

En cuanto al motivo alegado por el Tribunal para inadmitir la demanda, comparte la Sala los razonamientos expuestos en el auto recurrido.

En efecto, la demanda fue presentada oportunamente en la Secretaría del Consejo de Estado, Corporación a la cual estaba dirigida.

El hecho de ser competente el Tribunal para conocer de ella no invalida esa presentación ni da lugar a la aplicación de lo dispuesto

para la hipótesis de presentación de la demanda en lugar distinto al de la sede del Tribunal al cual está dirigida, por no residir su signatario en tal lugar.

Procede sí la aplicación del artículo 143 inciso 3º del C. C. A., según el cual en caso de falta de competencia se ordenará enviar el expediente a la Corporación que fuere competente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

Resuelve:

Infirmar el auto de 12 de noviembre de 1986, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado.

En su lugar, se revoca el auto de 28 de octubre de 1985, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Magdalena decidió rechazar por caducidad de la acción, la demanda presentada por la sociedad NAVEMAR Ltda., a través de la cual y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho solicita la nulidad de las Resoluciones 545 de 1984, 128 y 28326 de 1985, dictadas por la Empresa Puertos de Colombia, y también la de la factura número 184 de 2 de septiembre de 1983.

El Tribunal admitirá la demanda, si ésta reúne los demás requisitos legales.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del ocho de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Jaime Abella Zárate salvó voto, *Joaquín Barreto Ruiz,* salvó el voto; *Carlos Betancur Jaramillo,* saló el voto; *Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna,* con salvamento de voto; *Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, Jorge Penen Deltieure,* ausente; *Consuelo Sarria Olcos,* con salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

COLPUERTOS / ACTOS - Naturaleza / JURISDICCION ORDINARIA / COMPETENCIA (Salvamento de voto)

No existe disposición que señale que la explotación de los terminales marítimos y fluviales, que es lo desarrollado por COLPUERTOS esté sometida al derecho público y antes por el contrario el Código de Comercio define como mercantil la "explotación o prestación de servicios de puertos, muelles..." de donde se infiere que tal actividad está sometida al régimen de derecho privado.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número S-011. Recurso de súplica. Actor: NAVEMAR Ltda.

Respetuosamente expongo las razones de mi disentimiento:

Por mandato legal (art. 6º Decreto 1050 de 1968) las actividades industriales o comerciales que desarrollan las empresas industriales y comerciales del Estado, salvo las excepciones que consagra la ley, se gobiernan por las reglas del derecho privado.

COLPUERTOS es una empresa comercial del Estado a términos del Decreto 561 de 1975.

No existe disposición que señale que la explotación de los terminales marítimos y fluviales, que es lo desarrollado por COLPUERTOS esté sometida al derecho público y antes por el contrario el Código de Comercio define como mercantil la "explotación o prestación de servicios de puertos, muelles...", de donde se infiere que tal actividad está sometida al régimen de derecho privado (art. 20, ordinal 9º).

Una de las diferencias sustanciales entre los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, está dada por la naturaleza de las actividades que cumplen; mientras los primeros están encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, las segundas desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado; lo cual quiere decir en su aspecto

jurídico esencial, el de su funcionamiento o actividad, que su régimen jurídico es diferente.

Luego, al mudar un establecimiento público en empresa, o viceversa, varía *ipso jure* su régimen legal y en consecuencia su actividad o funcionamiento no puede continuar sometida al mismo régimen legal y jurídico, como si no hubiera ocurrido cambio alguno.

Al respecto, la sentencia de la cual disiento, afirma que en 1975 se produjo un cambio en la naturaleza jurídica de Puertos de Colombia "porque de establecimiento público pasó a ser empresa comercial del Estado, y ese cambio se refleja también en el régimen de sus actos y contratos". No obstante lo expresado, la sentencia olvidando que el cambio de naturaleza jurídica implica la variación del régimen jurídico para la entidad, llega a una conclusión diferente. Pues considera que al no haber habido cambio en la actividad material del ente, ya que continuó prestando los servicios portuarios y cobrando la tasa correspondiente, esto es lo determinante para concluir que la jurisdicción competente para dirimir las controversias originadas en la aplicación de las tarifas, es la misma que cuando era establecimiento público.

Si las tasas hacen parte tanto del patrimonio de los establecimientos públicos como del capital de las empresas industriales y comerciales del Estado, el cobro de ellas, a tal título, no puede generar diferencia alguna en el régimen jurídico aplicable, como lo concluyó la sentencia en cuestión.

Si la jurisprudencia que se reputa contrariada fue emitida el 6 de agosto de 1964, cuando COLPUERTOS se gobernaba por el régimen de los establecimientos públicos, o sea por las reglas del derecho público, y la sentencia impugnada se dictó con fundamento en normas posteriores que cambiaron la naturaleza jurídica de tal entidad y sometieron su actividad al régimen del derecho privado, ante normas nuevas como las del Código de Comercio que comenzó a regir el 1º de enero de 1972, lo que hizo la sentencia impugnada fue tener en cuenta la nueva naturaleza jurídica del ente y con base en ella aplicarle el régimen legal que le corresponde como empresa, que es diferente al propio de los establecimientos públicos, que tuvo en cuenta la sentencia de 1964. Luego, mal puede afirmarse que hubo cambio de jurisprudencia.

Consecuentemente, a mi juicio, el recurso debió fracasar.

Joaquín Barreto Ruiz.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO
ALVARO LECOMPTE LUNA

En el fallo de 10 de noviembre de 1989 aprobado en sesión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo celebrada el día 8 de dichos mes y año.

Referencia: Expediente número S-011. Recurso extraordinario de súplica. Actor: NAVEMAR Ltda.

Con todo respeto hacia el criterio de la mayoría, el suscrito adhiere al pensamiento del honorable consejero doctor Jaime Abella Zárate (fls. 230 a 231) que refleja, en su sentir, la verdadera naturaleza jurídica de lo debatido, tanto en lo que atañe a la actual perspectiva de Puertos de Colombia como empresa comercial e industrial del Estado que le dio el Decreto-ley 561 de 1975, y en lo que respecta a la del carácter de tarifa que tiene hoy lo que cobra ella a sus usuarios.

Por eso, ante estas perspectivas, ante el cambio que sufrieron ellas, mal puede hablarse de modificación de jurisprudencia ya sentada por el Consejo en otras circunstancias muy distintas a las que hoy rigen.

Atentamente,

Alvaro Lecompte Luna.

Bogotá, D. E., 12 de diciembre de 1989.

COLPUERTOS / ACTOS - Naturaleza / JURISDICCION COMPETENTE (Salvamento de voto)

La Empresa Puertos de Colombia ejerce, funciones administrativas reguladas por el derecho público y actividades comerciales de acuerdo con el derecho privado *en virtud de la calificación legal de las actividades de la empresa y del especial régimen jurídico definido por la propia ley para regular su vida jurídica, todo en normas posteriores a la jurisprudencia invocada de 1964.*
Los servicios portuarios pueden calificarse como un servicio público comercial, *ya que se trata de una actividad definida como mercantil por la ley, a la cual se le aplica por expreso mandato del artículo 11 del Código de Comercio, toda la normatividad en él contenida.*

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—

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

Referencia: Radicación S-011. Actor: NAVEMAR Ltda.

Con todo respeto por la tesis mayoritaria contenida en la providencia que antecede, procedo a exponer las razones en las cuales se fundamenta mi salvamento de voto.

La providencia de la cual me aparto afirma que con el auto recurrido se cambió la jurisprudencia adoptada por la Corporación, en sentencia de 6 de agosto de 1964 de la antigua Sala Contencioso Administrativa, según la cual, el valor percibido por COLPUERTOS como contraprestación por los servicios portuarios a su cargo tiene el carácter de tasa, y por el contrario, el auto recurrido, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, la convierte en "simple factura comercial" al considerar como actos mercantiles los actos de liquidación de los servicios portuarios.

Con base en lo anterior se afirma que prospera el recurso de súplica.

A mi juicio el recurso no ha debido prosperar, ya que no puede sostenerse que hubo cambio de jurisprudencia, toda vez que la calificación de actos mercantiles al acto de liquidación de los servicios por-

tuarios, se la da la providencia recurrida de la Sección Primera de esta Corporación, con base en las normas expedidas con posterioridad a la jurisprudencia citada de 1964 y relacionadas unas, con las empresas comerciales del Estado en general, y otras, con la Empresa Puertos de Colombia en particular.

En efecto, la Empresa Puertos de Colombia creada por la Ley 154 de 1959, fue *reestructurada* por el Decreto 561 de 1975 y definida entonces como una "empresa comercial del Estado", *sometida en sus actividades comerciales a normas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria* y regulada por el derecho público cuando ejerciera funciones administrativas a través de actos administrativos (arts. 1º y 29 del Decreto 561 de 1975).

La Empresa Puertos de Colombia fue reestructurada nuevamente por el Decreto 1174 de 1980 y en dicha norma se volvió a definir como "empresa comercial del Estado" y se dispuso que su régimen jurídico sería el previsto para la actividad y funcionamiento de las empresas industriales y comerciales del Estado (art. 24).

El Decreto 1174 de 1980, con relación a las actividades de la empresa, precisa que:

"En los términos del presente decreto, la empresa tendrá a su cargo la dirección, administración, explotación, conservación y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, San Andrés, Santa Marta, Tumaco y Leticia y los demás puertos que en el futuro le sean incorporados por el Gobierno. Así mismo, en el caso de instalaciones de carácter privado tendrá a su cargo el control de las labores operativas de todas las obras portuarias".

Y el mismo Decreto 1174 de 1980 establece en su artículo 3º, como funciones de la empresa las de: prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga y los demás servicios adicionales propios de la actividad portuaria; construir nuevas facilidades portuarias, con sus propios fondos o con los que el Gobierno le asigne; fijar las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que preste en los terminales, con la aprobación del Gobierno Nacional; prestar los servicios de vigilancia en los puertos a su cargo; regular el funcionamiento de las obras portuarias de carácter privado que hayan sido autorizadas por la Dirección Marítima y Portuaria o que sean declaradas como puerto habilitado por el Gobierno Nacional, y verificar su cumplimiento.

Del análisis de las funciones enunciadas puede establecerse que la Empresa Puertos de Colombia realiza algunas actividades que constituyen la típica *función administrativa* que implica el ejercicio de las prerrogativas del poder público; tales son: la regulación y verificación del funcionamiento de obras portuarias, la fijación de las tarifas que

deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que prestan los terminales y las referentes a la dirección y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales.

Pero también, realiza actividades puramente comerciales como lo son la administración y explotación de los servicios portuarios y de los muelles. Así las define el artículo 20 numeral 9º del Código de Comercio.

De conformidad con las normas citadas, mediante las cuales se cambió la naturaleza y el régimen jurídicos de la Empresa Puertos de Colombia, siendo ya, a partir de 1975 una empresa comercial del Estado, las actividades que tienen el carácter de función administrativa se rigen por normas de derecho público y aquellas que constituyen su actividad comercial se rigen por las normas del derecho privado y las controversias que surjan por razón de esta actividad, se ventilan ante la jurisdicción ordinaria, tal como expresamente lo dispone el artículo 24 del citado Decreto 1174 de 1980 al remitirse al régimen jurídico de las empresas del Estado establecido en el artículo 31 del Decreto 3130 de 1969.

Lo anterior es la consecuencia necesaria de las disposiciones legales que modificaron la naturaleza jurídica de la empresa, para adecuarla a las normas generales establecidas en el año de 1968, mediante las cuales se tipificaron las diferentes clases de entidades descentralizadas y se precisaron sus regímenes jurídicos.

Por ello, la referida reestructuración ordenada por las normas legales cambió no sólo la naturaleza jurídica de la entidad, sino su régimen jurídico, todo lo cual trajo como efecto inmediato que sus actividades mercantiles se sometieran a las normas del derecho privado y sus actuaciones en este campo se concreten en actos mercantiles.

El hecho de que, como en el caso de autos, exista una reglamentación interna de la empresa, la Resolución número 083 de 1983, expedida por su gerente general, en la cual se establece un procedimiento interno y se hace referencia a la vía gubernativa, es un residuo de la anterior naturaleza y régimen jurídico de la empresa y obviamente resulta jurídicamente inadecuado para sus actividades mercantiles. Pero el hecho de que se mantenga dicho trámite, el cual ni siquiera tiene carácter legal, no implica que la naturaleza misma de la actividad se cambie, y un acto mercantil se convierta en acto administrativo.

Además, porque un determinado acto tiene vía gubernativa, por ser administrativo, pero no, por tener vía gubernativa se convierte en administrativo, si no lo es.

En síntesis, de acuerdo con las anteriores precisiones la Empresa Puertos de Colombia, ejerce funciones administrativas reguladas por

el derecho público y actividades comerciales de acuerdo con el *derecho privado* en virtud de la calificación legal de las actividades de la empresa y del especial régimen jurídico definido por la propia ley para regular su vida jurídica, todo en normas posteriores a la jurisprudencia invocada de 1964. Así que el auto de la Sección Primera recurrido, no cambió de jurisprudencia, sino que aplicó adecuadamente, la normatividad vigente con relación al tema, y por ello el recurso no ha debido prosperar.

Por otra parte, es importante precisar que los servicios portuarios pueden calificarse como un *servicio público comercial*, ya que se trata de una actividad definida como mercantil por la ley, a la cual se le aplica por expreso mandato del artículo 11 del Código de Comercio, toda la normatividad en él contenida.

Dicha actividad, ejercida en concurrencia con los particulares autorizados para ello, deberá ser realizada por el Estado, en términos que le mantengan condiciones competitivas adecuadas y la contraprestación que se cobre no será simplemente una tasa que cubra el costo del servicio, sino que ésta debe generar, por lo menos teóricamente, un rendimiento económico que le permita a la empresa cubrir el costo y mejorar la prestación del servicio a su cargo, dentro del principio de la autofinanciación.

Finalmente, tampoco es válido afirmar que el cobro de una tarifa como contraprestación de un servicio público comercial, como lo es el portuario, es una interpretación del acto administrativo por el cual se fijan las tarifas.

No, la liquidación en la cual se aplica la tarifa correspondiente a un servicio público comercial prestado por una empresa estatal es una manifestación de su actividad mercantil y por ello no puede considerarse como un acto administrativo.

Es que el Estado, en un régimen de economía intervenida cuenta con instrumentos a través de los cuales busca garantizar la producción de bienes o prestación de servicios indispensables para la comunidad o la regulación y estabilidad de precios en el mercado, y uno de esos instrumentos es la empresa estatal que realiza una actividad que si bien tiene el carácter de servicio público, es comercial y así está en el casó de autos definido legalmente.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha: ut supra.

COLPUERTOS / ACTOS - Naturaleza / JURISDICCION COMPETENTE (Salvamento de voto)

Al cambiar la naturaleza jurídica de COLPUERTOS por la de empresa comercial del Estado a partir del Decreto-ley 561 de 1975, cambió también la regulación legal de sus actos.
El servicio de puertos es una actividad típicamente comercial que ni siquiera es monopolio del Estado colombiano. La circunstancia de que los particulares requieran autorización gubernamental para explotar los puertos y cobrar tarifas, no implica que tal actividad por tales circunstancias sea o adquiera un carácter de servicio público y el cobro respectivo sea una "tasa", pues aquellas limitaciones también rigen para muchas actividades sin que se considere a sus prestatarios sometidos al derecho público.

Referencia: Expediente número S-011. Actor: NAVEMAR Limitada. Fallo de fecha 8 de noviembre de 1989. Consejera ponente: Doctora Clara Forero de Castro.

Considero que la jurisprudencia del Consejo de 1964 en el sentido de que los cobros de COLPUERTOS por los servicios que presta eran tasas y lo relacionado con tales cobros estaba regulado por el derecho administrativo, surgía de la naturaleza de establecimiento público que en aquella época caracterizaba a la entidad e implicaba que la actividad portuaria se tuviera como una función administrativa.

Pero cambiaba la naturaleza jurídica de esta entidad por la de empresa comercial del Estado a partir del Decreto-ley 561 de 1975, cambió también la regulación legal de sus actos. Sabido es que éstas las crea el Estado para desarrollar actividades de naturaleza comercial y se regulan en general por las normas del derecho privado con la esperanza de sacarlas de la ineficiencia y altos costos que por lo general caracteriza a las entidades públicas, a la de eficiencia en el servicio y generación de utilidades que se observa en las empresas privadas, todo ello en aras del bien de la comunidad.

El servicio de puertos es una actividad típicamente comercial que ni siquiera es monopolio del Estado colombiano. La circunstancia de que los particulares requieran autorización gubernamental para explotar los puertos y cobrar tarifas, no implica que tal actividad por tales circunstancias sea o adquiera un carácter de servicio público y

el cobro respectivo sea una "tasa", pues aquellas limitaciones también rigen para muchas actividades sin que se considere a sus prestatarios sometidos al derecho público.

La actividad consistente en los servicios portuarios ha sido idéntica en todas las épocas: cuando se inició por empresas comerciales extranjeras, cuando pasó a un establecimiento público y ahora cuando lo es a través de una empresa comercial del Estado. Lo que ha cambiado es la naturaleza jurídica de la entidad que presta el servicio y no éste en sí mismo considerado.

Prestado hoy por una empresa comercial del Estado que en principio se regula por el derecho privado, no veo la justificación de someterla a jurisdicción y principios del derecho público con base en una doctrina que fue congruente en una época pero hoy resulta contraria a la nueva naturaleza de la entidad.

Bogotá, noviembre 20 de 1989.

Jaime Abella Zárate.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO
CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Referencia: Expediente S-011. Actor: NAVEMAR Ltda. Ponente: Doctora Clara Forero de Castro.

Con todo respeto me separo de la sentencia aprobada por la mayoría, en el proceso de la referencia.

Como salvedad hago mías las razones expuestas por el señor consejero Joaquín Barreto Ruiz, porque se ajustan a lo que he venido sosteniendo desde hace muchos años en asuntos similares.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E., diciembre 11 de 1989.

el cobro respectivo sea una "tasa", pues aquellas limitaciones también rigen para muchas actividades sin que se considere a sus prestatarios sometidos al derecho público.

La actividad consistente en los servicios portuarios ha sido idéntica en todas las épocas: cuando se inició por empresas comerciales extranjeras, cuando pasó a un establecimiento público y ahora cuando lo es a través de una empresa comercial del Estado. Lo que ha cambiado es la naturaleza jurídica de la entidad que presta el servicio y no éste en sí mismo considerado.

Prestado hoy por una empresa comercial del Estado que en principio se regula por el derecho privado, no veo la justificación de someterla a jurisdicción y principios del derecho público con base en una doctrina que fue congruente en una época pero hoy resulta contraria a la nueva naturaleza de la entidad.

Bogotá, noviembre 20 de 1989.

Jaime Abella Zárate.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO
CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Referencia: Expediente S-011. Actor: NAVEMAR Ltda. Ponente: Doctora Clara Forero de Castro.

Con todo respeto me separo de la sentencia aprobada por la mayoría, en el proceso de la referencia.

Como salvedad hago mías las razones expuestas por el señor consejero Joaquín Barreto Ruiz, porque se ajustan a lo que he venido sosteniendo desde hace muchos años en asuntos similares.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E., diciembre 11 de 1989.

SUSPENSION PROVISIONAL/SUSTRACCION DE MATERIA

Derogado un acto administrativo por uno posterior, bien antes, bien después de presentarse demanda en su contra, la suspensión provisional de sus efectos no tiene cabida, porque dicha decisión, aunque el acto sea manifiestamente ilegal, ya no encuentra justificación por haber éste dejado de producir sus secuelas.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número S-014. Recurso extraordinario de súplica. Asunto: Salomón Gómez López versus Distrito Especial de Bogotá.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Se decide el recurso extraordinario de súplica que, bajo los prospectos del artículo 2º de la Ley 11 de 1975, ha interpuesto la parte actora en este asunto contra el auto de doce (12) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dictado por la Sección Cuarta de esta Sala, que revocó "la suspensión provisional decretada en el ordinal 2º" del proveído de quince (15) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda.

I. De las consideraciones del auto recurrido:

Dice a la letra:

"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 (Distrito Especial de Bogotá) formula a la tesis de la Sección Cuarta sobre admisibilidad de la acción de nu-

lidad contra normas que han perdido su vigencia (Expediente 9524, agosto 17 de 1984, ponente E. Low, *Anales*, pág. 606; Exp. núm. 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 núm. 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 Consejo (sic) Distrital de tesis que esta jurisdicción ha desechado por ilegales".

II. Jurisprudencias violadas por la providencia impugnada:

Para el recurrente, la tesis sentada por la Sección Cuarta en la providencia anteriormente transcrita en sus párrafos considerativos quebranta jurisprudencias de la antigua sala de negocios generales de esta corporación (Sentencia de 31 de julio de 1963, consejero ponente, doctor Alfonso Meluk; Anales, tomo XLVI, núms. 401-402, págs. 203 y 55, que cita fallo de 10 de agosto de 1961, consejero ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta) y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (Providencia de 21 de agosto de 1972, consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo; Anales, LXXXIII, núms. 435-436, págs. 377 a 380).

Según sostiene, la decisión de la Sección Cuarta acoge sin mayores análisis acerca de la naturaleza de la acción aquí incoada, la teoría de la sustracción de materia cuando, demandado un acto administrativo, sus efectos cesan por cuanto la Administración, a través de otro acto, deroga el primero que ha dejado de regir, siendo así que ese criterio pugna con la doctrina de los motivos determinantes de la acción de nulidad —tutela del orden jurídico y mantenimiento de la legalidad abstracta—, sostenida por los proveídos que cita y comenta.

Trátase entonces de examinar si realmente la corporación, mediante sus Salas de negocios generales y plena de lo contencioso administrativo, ha auspiciado tesis opuestas a la acogida por la Sección Cuarta que acaba de verse.

III. Del informe de la Relatoría:

En atención a lo dispuesto por el consejero sustanciador en auto de veintiocho de junio último (fl. 141), la Relatoría del Consejo ha certificado en torno a las jurisprudencias en cuestión (fls. 144 a 146) y dice en concreto:

> "1. Sentencia de julio 31 de 1963. Sala de Negocios Generales. Consejero ponente doctor Alfonso Meluk. Anales T. XLVI, números 401-402 de 1963. Páginas 203 a 210.
>
> "Previa a la decisión de fondo sobre auxilio parcial de cesantía, la Sala reiteró la doctrina sobre la naturaleza y diferencias de las acciones de nulidad y la antigua de plena jurisdicción, para concluir que 'sí puede instaurarse la simple acción de nulidad o de contencioso popular, aún tratándose de ordenamientos de índole personal o de interés privado, siempre y cuando no se solicite restablecimiento del derecho porque en este caso, ya sería una acción de plena jurisdicción".
>
> "2. Auto de agosto 21 de 1972. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo. Anales T. LXXXIII números 435-436, Segundo Semestre 1972.
>
> "Se hizo un estudio detallado del régimen de las acciones en la jurisdicción contencioso administrativa, a la luz de la legislación de otrora (Leyes 130 de 1913 y 167 de 1941), así como de la jurisprudencia nacional y específicamente se determinó el titular de la acción de revisión de impuestos sobre la base de considerarla como una modalidad de la acción de plena jurisdicción".

Para resolver, se considera:

De modo pues, que el auto objeto del presente recurso extraordinario de súplica se limita a decir que, derogado un acto administrativo por uno posterior, bien antes, bien después de presentarse demanda en su contra, la suspensión provisional de sus efectos no tiene cabida, porque dicha decisión, aunque el acto sea manifiestamente ilegal, ya no encuentra justificación por haber éste dejado de producir sus secuelas.

Nótese entonces cómo la providencia atacada por el recurrente no va en contra de la teoría o doctrina de los motivos y finalidades de la acción que superaría los alcances de la que propicia la del fallo inhibitorio por sustracción de materia. El momento procesal de la decisión adoptada por la Sección Cuarta es bien distinto, puesto que

aquellas fueron tomadas con ocasión de un fallo y ahora se trata tan sólo de decir si han de suspenderse o no los efectos de un acto. En otras palabras las dos tesis —la de motivos y finalidades de la acción de nulidad objetiva, por una parte, y la del fallo inhibitorio por sustracción de materia, por la otra— son propias de estudio cuando ha de decidirse en sentencia, no cuando se trata de establecer si la medida precautelar de la suspensión provisional (art. 152 C. C. A.) es procedente o no. Y como es sabido, ella no es en verdad un "juzgamiento" anticipado del acto, sino que busca que, cuando la violación o desconocimiento de una norma superior es manifiesto porque surge a través de una sencilla comparación, se interrumpan los *efectos*, no el acto en sí considerado. Mediante esa medida *provisional* no se anula anticipadamente el acto, sino que frente a su ostensible quebrantamiento de la norma superior, paraliza hasta el futuro juzgamiento, los efectos que por sí ha de tener.

Es de concluir que no se observa que el auto interlocutorio recurrido, haya acogido doctrina contraria a alguna jurisprudencia (art. 2º, Ley 11 de 1975), por lo cual no han de tener prosperidad las peticiones de la parte actora en este sentido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

Resuelve:

No prospera el recurso de súplica interpuesto.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de noviembre de 1989.

Antonio J. de Irisarri Restrepo, ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Luis Antonio Alvarado Pantoja,* ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Benavides Melo,* ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado,* ausente; *Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure, Simón Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

TITULO XI

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

PENSION DE JUBILACION/PENSION DE INVALIDEZ-Incompatibilidad / DERECHO DE OPCION / RAMO DE DEFENSA / PERSONAL CIVIL.

Las pensiones de jubilación, de invalidez y de retiro por vejez a que tenga derecho un empleado civil del Ramo de Defensa o de la Policía Nacional, son incompatibles entre sí, de modo que si, hipotéticamente concurrieron en una misma persona, el beneficiario podrá optar por la más favorable.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 2298. Recurso extraordinario de anulación. Recurrente: Adonisedec Cubides Mora.

Decídese el recurso extraordinario de anulación interpuesto en su oportunidad por el apoderado judicial del señor Adonisedec Cubides Mora contra la sentencia proferida el 14 de marzo de 1986 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera—.

I. La sentencia impugnada:

La sentencia objeto del recurso denegó las súplicas de la demanda, previas las siguientes consideraciones:

> "El acto administrativo acusado en acción de plena jurisdicción es la Resolución número 268 de 9 de febrero de 1983 expedida por el señor Ministro de Defensa Nacional, por medio de la cual, a partir de 1º de junio de 1981, declaró legalmente extinguida la pensión de invalidez que venía disfrutando el exsoldado del ejército, Adonisedec Cubides Mora, por entrar a disfrutar la pensión de jubilación por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
>
> "El conflicto para resolver en sentencia consiste en primer lugar en definir si existe o no, incompatibilidad legal entre la pensión de invalidez otorgada al actor mediante Resolución

número 1729 de agosto 9 de 1949, expedida por el Ministerio de Guerra, efectiva a partir de 1º de enero de 1949, fecha de retiro del actor y confirmada la resolución en providencia de 14 de septiembre del mismo año del honorable Consejo de Estado (fls. 17 y 20, del expediente administrativo núm. 36922) y la pensión de jubilación otorgada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la Resolución número 969 de noviembre 23 de 1981, a partir de 1º de junio de ese año; y en segundo lugar, si la renuncia expresa y escrita presentada por el actor al señor Ministro de Defensa Nacional, de la pensión de invalidez para disfrutar de la pensión de jubilación, pugne contra el principio de la irrenunciabilidad de las prestaciones sociales consagrado en el artículo 14 del C. S. del T., y si la extinción de la pensión de invalidez contenida en la resolución impugnada violó otras disposiciones legales citadas en la demanda.

"Está probado efectivamente que el actor era beneficiario de la pensión de invalidez otorgada por el Gobierno desde 1949; igualmente haber cumplido tiempo de servicios, demostrándose que el último cargo desempeñado era de ayudante de la Oficina 5155-05 de la Sección de Expedientes de Beneficiarios, en la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con vinculación con ésta en forma continua de 19 años, once (11) meses, y anteriormente, con la Policía Nacional Cundinamarca, cinco (5) años, siete (7) meses y quince (15) días. Para obtener su pensión de jubilación con la Caja, presentó renuncia del cargo a partir de 1º de junio de 1981, para acogerse a la pensión de jubilación (fl. 1, expediente administrativo), aceptada por Resolución 376 de junio 1º de 1981 de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fl. 7, cuaderno principal).

"Por Resolución número 969 de fecha 23 de noviembre de 1981 expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le fue reconocida la pensión de jubilación al señor Adonisedec Cubides Mora, a partir del primero de junio de 1981 (fls. 2 a 6 del cuaderno principal y 59 a 63 vto. del expediente administrativo), estableciéndose plenamente la concurrencia para junio de 1981, de las dos pensiones; una de invalidez proveniente del Ministerio de Guerra, hoy Defensa Nacional; y otra, de jubilación proveniente de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Establecimiento Público, vinculado al Ministerio de Guerra, conforme al artículo 2º de los Estatutos de la Caja, aprobados por el artículo único del Decreto 1785 de 1962, en concordancia con el artículo 26 del Decreto 1705 de julio 18 de 1960, que declaró vinculada la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al Ministerio de Guerra, hoy de Defensa Nacional, aspectos que inciden en esta sentencia, por cuanto indica además de un régimen especial para las Fuerzas

Militares, regímenes especiales no sólo para el personal civil del Ministerio de Defensa, sino para los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado vinculados o adscritos al Ministerio de Defensa Nacional, diferente además con el régimen prestacional ordinario para los empleados públicos.

"El Gobierno Nacional en virtud de facultades extraordinarias que le confirió el artículo 3º de la Ley 24 de 1974, dictó el Decreto-ley número 1305 de julio 2 de 1975, por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones sociales del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, agentes, soldados, grumetes y personal civil del Ministerio de Defensa y servidores de las entidades adscritas o vinculadas a ésta, unificando las distintas modalidades para cada sector, de las Fuerzas Militares y de Policía, del personal civil del Ministerio de Defensa y de los funcionarios de establecimientos adscritos a este Ministerio, por lo cual es importante analizar el artículo 20 de este Decreto 1305, que a la letra dice:

" '*Artículo 20*. Las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales, se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos.

" 'Las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público. Así mismo, son incompatibles con las pensiones de invalidez, retiro por vejez, pero el interesado puede optar por la más favorable.

" 'Las asignaciones de retiro y pensiones militares o policiales son compatibles con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público'.

"Esta norma es citada en la demanda como violada y por ello requiere de un análisis cuidadoso por cuanto la ley distingue, por un lado 'las asignaciones de retiro y pensiones militares' y por otro 'las pensiones de invalidez, o retiro por vejez', siendo todas ellas incompatibles entre sí y, además, hace una distinción importante que consiste en diferenciar 'pensión militar' de la pensión de invalidez o retiro por vejez, lo que indica, que para efectos de incompatibilidad las diferencias y por tanto, la distingue frente a la pensión militar o parcial.

"Existiendo en la ley la distinción entre pensión militar y pensión de invalidez como diferentes y para declararlas

incompatibles, al examinar el inciso 3º del artículo 20 transcrito, que no incluye la pensión de invalidez, beneficia solamente las asignaciones de retiro y pensiones militares para declarar que son incompatibles con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público, indicando por tanto, que la pensión de invalidez, o de retiro por vejez son incompatibles con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público.

"Ahora bien: Por la Ley 60 de 1976 que invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, se dictaron tres decretos leyes para las distintas modalidades dentro de este régimen especial militar, así: El Decreto 610 de marzo 15 de 1977 'Por el cual se modifica el estatuto del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional'; el Decreto 611 de marzo 15 de 1977 'Por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional; y el Decreto 612 de marzo 15 de 1977 'Por el cual se organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares', decretos en los cuales aparecen las normas sobre incompatibilidad que se citarán más adelante, observando por cada sector la norma pertinente.

"El artículo 143 del Decreto 612 de 1977, dictado para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, es exactamente igual en su texto y espíritu al artículo 20 del Decreto 1305 de 1975, ya transcrito, haciendo las distinciones entre pensiones militares y policiales con la pensión de invalidez y retiro por vejez para hacerlas incompatibles e indicando con esta diferenciación, que en la pensión militar o policial no puede asimilarse a ellas, la pensión de invalidez, por ser de dos institutos prestacionales diferentes e incompatibles, tanto para los soldados y grumetes (art. 20 Decreto 1305) como para oficiales y suboficiales (art. 143 Decreto 612) por tanto, esta pensión de invalidez y la de retiro por vejez son incompatibles con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público.

"El artículo 93 del Decreto 610 de 1977, dictado como se ha dicho, para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía, establece lo siguiente:

" '*Artículo 93.* Incompatibilidad de pensiones. Las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, son incompatibles entre sí. El beneficiario podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas'.

"E igualmente, el artículo 32 del Decreto 611 de 1977, dictado para los funcionarios de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado vinculados o adscritos al Ministerio de Defensa Nacional, su texto es exactamente igual a la norma del artículo 93 del Decreto 610 aplicable, especialmente la última para el caso concreto del actor, pero en ambas disposiciones se consagra el derecho de opción a favor del interesado o beneficiario en la concurrencia de estas prestaciones, para escoger la más favorable, autorizando la ley la renuncia de aquellas de menor cuantía y beneficios.

"La pensión que confirió la Resolución número 1729 de 9 de agosto de 1949 del Ministerio de Guerra al señor Adonisedec Cubides Mora, exsoldado, fue una pensión de invalidez, por herida de arma de fuego en el antebrazo y mano derecha, con disminución del 22% de la capacidad normal (fl. 20. Exp. Admvo. núm. 36.922) y habiendo sido el mismo actor, con el tiempo, beneficiario igualmente de pensión de jubilación otorgada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, establecimiento público adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, le es aplicable la incompatibilidad consagrada en el artículo 32 del Decreto 611 de 1977, similar a la contenida en el artículo 93 del Decreto 610 de 1977, y luego de aclarar que la pensión de invalidez no se asimila a la pensión militar por expresa distinción e incompatibilidad, dá lugar a la situación de concurrencia por incompatibilidad y nace el derecho de opción a su beneficiario, para escoger la más favorable, que fue lo realizado por el demandante en su comunicación al señor Ministro de Defensa de 7 de octubre de 1981 para acoger la pensión de jubilación a cargo de la Caja y que posteriormente dio base para que el citado Ministerio dictara su Resolución número 268 de febrero de 1983, ajustándose el acto administrativo a las disposiciones legales sobre incompatibilidad y las exigencias para extinguir la pensión de invalidez en virtud del derecho de opción del actor por la pensión de jubilación.

"El segundo aspecto se refiere a la impugnación de la Resolución 268 del Ministerio de Defensa que extinguió la pensión de invalidez que disfrutaba el actor, por haber optado por la de jubilación, por el cargo que se hace en la demanda de ser violatoria del artículo 14 del C. S. del T., que dispone: 'Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, los casos exceptuados por la ley' por cuanto la renuncia de la pensión de invalidez, por ir contra normas de orden público es ineficaz.

"Es evidente que las prestaciones sociales son irrenunciables y que esta norma del C. S. del T., es aplicable igualmente al sector público, pero el legislador advierte, que si bien es cierto que la irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas laborales es la regla general, la ley se reserva los casos de excepción. Uno de esos casos de excepción es precisamente el de la concurrencia de las pensiones, al ser incompatibles, en desarrollo del artículo 64 de la Constitución Nacional, la propia ley autoriza mediante el derecho de opción al beneficiario que se encuentra en el caso de concurrencia y éstas sean incompatibles, el de escoger la que más le favorezca, permitiendo y autorizando lógicamente el uso de ese derecho a través de la renuncia expresa y por escrito de la voluntad de renunciar a la prestación que menos le favorezca.

"Por consiguiente, el actor al estar ante la ocurrencia de su pensión de invalidez otorgada por el Ministerio de Guerra, que no es pensión militar y se excluye, al tenor del inciso 2º del artículo 20 del Decreto 1305 de 1975, tiene el derecho de opción de jubilación otorgada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, escogiendo ésta y renunciando expresamente y por escrito de la de invalidez conforme aparece a folio 30 del expediente administrativo número 36922, siendo legal esta renuncia y eficaz en el ejercicio del derecho de opción y por tanto no se viola el artículo 14 del C. S. del T.

"La demanda impugna a la Resolución número 268 de febrero 9 de 1983, del Ministerio de Defensa Nacional, por nulidad y a consecuencia de la violación del artículo 24 del Decreto-ley 2733 de 1959, norma fundamental en la estructura jurídica para la administración; establece que cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconozca un derecho de igual categoría 'no podrá revocarlo sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular'.

"En autos aparece plenamente demostrado la comunicación del actor al Ministerio de Defensa, de fecha 7 de octubre de 1981, en la cual se expresa la voluntad de renunciar a la pensión de jubilación, para efectos de disfrutar la pensión de jubilación, sin que aparezca prueba en lo más mínimo de que hubiera vicio del consentimiento proveniente de actitudes o hechos que condujeran a la formación de un vicio en el entendimiento o voluntad del actor que hiciera nula la manifestación expresa de renuncia.

"Del análisis de la comunicación en referencia, sobre renuncia de la pensión de invalidez, además de hacer uso de la opción concedida por la ley, para aceptar la más favorable, la misma comunicación aludida, da razones y fundamenta su

renuncia con las diligencias que se habían efectuado, relacionadas a las distintas consultas y trámites sobre el cargo de cuotas pensionales a cargo de las tres entidades que debían contribuir al pago de la pensión de jubilación, aspectos que están respaldados con la documentación allegada en el expediente administrativo sobre el trámite de la pensión jubilatoria.

"Por tanto se considera que al encontrarse la prueba escrita del demandante sobre renuncia de la prestación que menos le favorecía para optar por aquella que satisfacía sus intereses económicos y siendo legal esta renuncia, se concluye que el Ministerio de Defensa al dictar la resolución demandada no violó el artículo 24 del Decreto-ley 2733 de 1959 y no es de aplicación la jurisprudencia que en fotocopia se allegó al expediente con el alegato de conclusión del señor apoderado judicial del demandante, sentencia de 10 de febrero de 1981, del honorable Consejo de Estado, con ponencia de la consejera doctora Aydée Anzola Linares. Exped. 4694. Resoluciones ministeriales, actor: Bernardino Arévalo Quintero, proceso en el cual fue ponente el magistrado doctor Jairo Maya Betancourt en la sentencia de esta Corporación por cuanto en ese caso el Ministerio de Defensa Nacional, sin mediar autorización expresa y por escrito del actor, declaró extinguida la pensión de invalidez que había sido reconocida por la Administración.

"La resolución enjuiciada no violó ni el derecho y protección al trabajo consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional, por cuanto al conceder la pensión de jubilación se ajustó a la ley al reconocerla, ni privó de la pensión que tenía al actor por concepto de invalidez en forma ilegal, por cuanto la incompatibilidad con la pensión de jubilación es asunto legal y el actor hizo uso del derecho de opción, en forma expresa, libre y por escrito elevado al señor Ministro de Defensa Nacional y por ello el acto demandado no ha privado al militar de sus derechos y en consecuencia no violó el artículo 169 de lá Carta.

"En cuanto a la impugnación por haber violado el artículo 30 de la C. N., que consagra derechos adquiridos, carece de fundamento, por cuanto la renuncia presentada por el actor de la pensión de invalidez para disfrutar de la jubilación, es aspecto contemplado al consagrar el derecho de opción en los artículos 93 del Decreto 610, ambos de 1977, a fin de que pueda gozar el beneficiario de la prestación más favorable.

"Por las razones expuestas, y acogiendo la opinión de la distinguida colaboradora Fiscal Quinto, se llega a la conclusión de la legalidad de la Resolución 268 de 9 de febrero de 1983, dictada por el Ministro de Defensa Nacional y por con-

siguiente no prosperarán los cargos de nulidad y se negarán las pretensiones de la demanda" (fls. 37 a 48).

II. Sustentación del recurso:

En el escrito correspondiente, se hacen al fallo de única instancia cinco cargos, expresados y sustentados así:

"*Cargo primero.* Acuso la sentencia impugnada por haber quebrantado el artículo 93 del Decreto-ley 610 de 1977 por haberlo interpretado y aplicado haciéndolo exceder su ámbito legal, en el caso de mi representado.

"*Demostración del cargo.* La infracción que denuncio ocurrió porque la sentencia acusada se basó en un falso supuesto: que la pensión de invalidez de Adonisedec Cubides Mora se rige por el Decreto-ley 610 de 1977, *que regula exclusivamente lo relacionado con los empleados civiles* al servicio del ramo de Defensa Nacional.

"Es evidente que el fallador de primera instancia aceptó sin mayor reflexión las argumentaciones equívocas del apoderado del Ministerio de Defensa y del fiscal, quienes lo convencieron de que los soldados no forman parte del Ejército Nacional, desconociendo la naturaleza militar de sus labores.

"Tan extraña y forzada es esa afirmación que para desecharla basta pensar si sería posible concebir la existencia de un Ejército que se compusiera únicamente de oficiales y suboficiales. Qué actividad o qué función podrían desempeñar los llamados mandos militares, si no tuvieran a su disposición la tropa, es decir, los soldados?, que en todos los ejércitos del mundo conforman el estamento que ejecuta y cumple las órdenes que les imparten sus superiores?

"Para cumplir esas funciones militares delicadas y peligrosas como las que tienen que afrontar los soldados, inclusive con grave riesgo para sus vidas, es por lo que se les da instrucción castrense y se les capacita en el manejo de las armas, para lo cual no se habilita el elemento civil, como todos lo sabemos. Entonces, cabría afrontar razonablemente que los soldados son elementos civiles y no militares?

"La decisión del honorable Tribunal no hizo otra cosa que dar firmeza a la actuación ilegal y equivocada del Ministerio de Defensa Nacional y aceptarle al fiscal la errónea afirmación de que el artículo 93 mencionado: 'no admite interpretación', y quebrantó la norma por haberla aplicado a una pensión de invalidez de un soldado (que insisto, no es em-

pleado civil), dándole un alcance que el legislador no previó para ella.

"*Segundo cargo*. Acuso la sentencia recurrida por infracción de los artículos 17 y 30 de la Constitución Nacional, tanto por ignorar su existencia, como por dejar de aplicarlos.

"*Demostración del cargo*. Dichas normas constitucionales consagran una protección muy especial del Estado al trabajo. También ampara la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título y la obligación de ser respetados por las leyes expedida con posterioridad a su adquisición.

"La sentencia acusada omitió referirse siquiera a tales normas supremas para examinar si hubo o no quebranto de ellas, a pesar de que fueron citadas en la demanda como violadas y expuesto el comentario sobre el concepto de su violación, procediendo el Tribunal a negar los pedimentos como si esos preceptos de orden jerárquico no existieran.

"*Tercer cargo*. Acuso la sentencia atacada por violentar los artículos 64 de la Constitución Nacional, primero (1º) de Decreto número 1713 de 1960 y 20 del Decreto-ley 1305 de 1975, por ignorar sus mandato, y dejar de aplicarlos.

"*Demostración del cargo*. El artículo 64 mencionado dice que nadie podrá recibir más de una pensión proveniente del Tesoro Público e indican las excepciones a esta prohibición, anotando que deja a salvo los casos especiales que consagran las leyes.

"A su vez el artículo primero (1º) del Decreto número 1713 de 1960 precisa los casos en que no hay incompatibilidad para recibir dos pensiones provenientes del Tesoro Público y señala entre ellas las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfruten los miembros de las Fuerzas Armadas, entre quienes están, obviamente, los soldados.

"Por su parte el inciso 3º del artículo 20 del Decreto-ley 1305 de 1975, dispuso que las *asignaciones de retiro y las pensiones militares o policiales son compatibles* con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público.

"Las tres normas aludidas muestran concordancia entre sus diferentes disposiciones legales sobre compatibilidades pensionales, lo que nos lleva a concluir, sin ninguna dificultad, que es posible que los exsoldados (como exmiembros de las Fuerzas Militares) puedan devengar a un mismo tiempo la

pensión de invalidez por lesiones sufridas durante la prestación de su servicio militar obligatorio, y la pensión jubilatoria adquirida con posterioridad por sus servicios como empleado civil en una entidad de derecho público.

"El equivocado análisis que hizo el fallador, no le permitió caer en la cuenta de que si afirma que los soldados no forman parte de las Fuerzas Armadas, entonces de qué organismo forman parte? Tampoco advirtió el Tribunal que los soldados no son empleados civiles del ramo de Defensa, y que, en consecuencia, mal puede aplicarse a sus prestaciones sociales ninguna norma del Decreto-ley 610 de 1977.

"La sentencia acusada negó las peticiones mediante el sencillo procedimiento de no analizar los argumentos expuestos por el demandante y acoger, sin mayores reflexiones, los argumentos de la entidad demandada y del señor fiscal.

"*Cuarto cargo.* Acuso la sentencia impugnada por infracción del artículo 170 del Nuevo Código Contencioso Administrativo.

"*Demostración del cargo.* El artículo 170 del Nuevo Código Contencioso Administrativo indica cuál debe ser el contenido de una sentencia, y su texto es como sigue:

"*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.

"Para el sólo 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" (subrayo).

"No es difícil advertir que la sentencia acusada en esta acción de anulación dejó de analizar los hechos de la controversia, pues se limitó a transcribirlos de la demanda y no le preocupó asefurarse (sic) de cuáles fueron probados en el curso del proceso.

"Las normas jurídicas citadas por el accionante como violadas y el concepto de su violación expuesto en la demanda apenas fueron transcritos son que le merecieran al fallador ningún comentario. Brilla por su ausencia el más mínimo análisis encaminado a comprobar qué relación tienen con el caso planteado y si fueron o no transgredidas por la administración.

"La sentencia que se adjuntó para corroborar las tesis del demandante fue leída tan someramente, que con bastante ligereza manifiesta el ponente que se trata de un caso diferente en el que el Ministerio de Defensa decidió dejar de pagar la pensión de invalidez a Bernardino Arévalo Quintero sin caer en la cuenta que en el caso presente el Ministerio hizo exactamente lo mismo: esto es, dejar de pagar la pensión de invalidez del señor Cubides en cuanto la Caja de Retiro le envió para su aprobación la resolución de ésta última entidad que otorgó la jubilación (núm. 969 de 23 de noviembre de 1981). Posteriormente con la Resolución número 268 de 9 de febrero de 1983, demandada, se pretendió revestir de legalidad el atropello que se perpetró desde 1981.

"Comparando lo dicho en este cuarto cargo con la parte resolutiva de la sentencia, se comprenden las razones por las cuales el Tribunal negó las peticiones del libelo, precisamente porque no cumplió todos los pasos que ordena dar el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, para obtener una visión incompleta del caso planteado.

"*Quinto cargo.* Acuso la sentencia atacada por infringir el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"*Demostración del cargo.* La violación del artículo 170 del Nuevo Código Contencioso Administrativo no vino sola, pues acarreó también el quebrantamiento del artículo 26 de lo Constitución Nacional, que consagra el derecho de defensa y la observancia de las formas propias de cada juicio.

"En el *sub judice* la violación de esta norma constitucional ocurrió porque el magistrado ponente dictó una sentencia *sui generis,* que no se ajusta del todo a lo que prescribe el Código Contencioso Administrativo en cuanto a los requisitos de forma de la sentencias de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Violación que atenta contra el derecho de defensa de mi representado, quien se vio afectado por el pronunciamiento de la providencia adversa a sus peticiones y que no se ajusta a los requisitos de ley.

"Evidentemente, una sentencia confeccionada con vacíos habría de conducir necesariamente a la negativa del *petitum,* razón imperiosa por sí sola para que sea anulada y que, en su lugar, se dicte una providencia ceñida a lo previsto por la ley" (fls. 20 a 25).

III. La oposición a la prosperidad del medio de impugnación:

El Procurador Judicial de la Nación —Ministerio de Defensa— se ha opuesto a las pretensiones del recurrente, cuyos cargos refuta tal como se transcribe a continuación:

"El recurrente en su libelo manifiesta que:

" 'La sentencia acusada negó las pretensiones mediante el sencillo procedimiento de no analizar los argumentos expuestos por el demandante y acoger, sin mayores reflexiones, los argumentos de la entidad y del señor fiscal'.

"Al respecto manifiesto: *Rechazo de plano* tal afirmación porque el momento previo a la sentencia y para hacer el pronunciamiento respectivo el fallador *debió* analizar, estudiar, y valorar el acervo probatorio que estaba acompañando las diligencias.

"De llegar aceptar las afirmaciones del apoderado del actor de que 'las normas jurídicas citadas por el accionante como violadas y el concepto de su violación expuesto en la demanda apenas fueron transcritos sin que le merecieran al fallador ningún comentario. Brilla por su ausencia el más mínimo análisis encaminado a comprobar qué relación tiene con el caso planteado y si fueron o no transgredidos por la administración', sería aceptar que el fallador no aplicó el procedimiento legal, además, de ser ello temerario, se estaría invadiendo el fuero sagrado del juez.

"Se ha dicho en la jurisprudencia del honorable contencioso que el juez decide conforme a lo probado y demostrado en el juicio.

"El Ministerio de Defensa Nacional apoya la decisión del fallador de única instancia.

"Se acusa el fallo recurrido de un proceder irregular para la elaboración de la sentencia, el Ministerio rechaza también esta afirmación, pues la considera totalmente infundada, ya que el *a quo* siguió todas las ritualidades del debido proceso.

"A folio 42 del cuaderno principal del expediente obra un memorial de fecha 7 de octubre de 1981, suscrito por el actor Adonisedec Cubides Mora, donde manifiesta textualmente: 'Muy respetuosamente me permito manifestar al señor ministro, mi voluntad de renunciar en forma temporal a la pensión de invalidez que percibo del Ministerio de Defensa y que me fue reconocida por mis servicios militares como soldado. Lo anterior por cuanto es mi voluntad acogerme al beneficio de pensión de jubilación a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, según diligencias que ya se han adelantado al respecto con las cuotas pensionales para el Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General de la Policía Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de la prestación'.

"Como resultado de la petición del actor, el Ministerio de Defensa Nacional declaró extinguida la pensión de invalidez otorgada al señor Cubides Mora y con fecha 1º de junio de 1981, empezó a disfrutar la pensión de jubilación.

"El actor conocía la incompatibilidad existente entre el disfrute de las dos pensiones, manifestando expresamente su voluntad de renunciar a la pensión de invalidez que venía disfrutando, por serle más favorable la de jubilación. El actor disfrutó durante 32 años la pensión que le había sido otorgada por su presunta invalidez, invalidez que en ningún momento le impidió trabajar y devengar haberes del erario público hasta obtener una pensión mensual vitalicia de jubilación.

"La Nación —Ministerio de Defensa— ha obrado conforme a derecho en ningún momento se ha extralimitado pues dio cumplimiento a los artículos 24 del Decreto 2733 de 1959 y 32 del Decreto 611 de 1977, al extinguir la pensión de invalidez.

"La Nación —Ministerio de Defensa— apoya lo expuesto por el honorable Tribunal Contencioso cuando dijo:

" 'El Gobierno nacional en virtud de facultades extraordinarias que le confirió el artículo 3º de la Ley 24 de 1974 dictó el Decreto-ley número 1305 de julio 2 de 1975, por el cual dicta algunas disposiciones sobre prestaciones sociales del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, agentes, soldados, grumetes y personal civil del Ministerio de Defensa y servidores de las entidades adscritas o vinculadas a ésta, unificando las distintas modalidades para cada sector de las Fuerzas Militares y de Policía, del personal civil del Ministerio de Defensa y de los funcionarios de establecimientos adscritos a este Ministerio, por lo cual es importante analizar el artículo 20 de este Decreto 1305, que a la letra dice:

" '*Artículo 20.* Las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales, se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos.

" 'Las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público. Así mismo, son incompatibles con las pensiones de invalidez, de retiro por vejez, pero el interesado puede optar por la más favorable'.

" 'Las asignaciones de retiro y pensiones militares o policiales son compatibles con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público'.

"Esta norma es citada en la demanda como violada y por ello requiere de un análisis cuidadoso por cuanto la ley distingue, por un lado 'las asignaciones de retiro y pensiones militares' y por otra 'las pensiones de invalidez, o retiro por vejez', siendo todas ellas incompatibles entre sí y, además, hace una distinción importante que consiste en diferenciar 'pensión militar' de la pensión de invalidez o retiro por vejez, lo que indica, que para efectos de incompatibilidad las diferencia y por tanto, la distingue frente a la pensión militar o policial.

"Existindo (sic) en la ley la distinción entre pensión militar y pensión de invalidez como diferentes y para declararlas incompatibles al examinar el inciso 3º del artículo 20 transcrito, que no incluye la pensión de invalidez, beneficia solamente las asignaciones de retiro y pensiones militares para declarar que son incompatibles con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público, indicando por tanto, que la pensión de invalidez o de retiro por vejez son incompatibles con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público.

"Ahora bien: Por la Ley 60 de 1976 que invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, se dictaron tres decretos leyes para las distintas modalidades dentro de este régimen especial militar, así: El Decreto 610 de marzo 15 de 1977 'Por el cual se modifica el estatuto del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional'; el Decreto 611 de marzo 15 de 1977 'Por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional; y el Decreto 612 de marzo 15 de 1977, por el cual se reorganiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares', decretos en los cuales aparecen las normas sobre incompatibilidad que se citarán más adelante, observando, para cada sector la norma pertinente.

"El artículo 43 del Decreto 612 de 1977, dictado para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, es exactamente igual en su texto y espíritu al artículo 20 del Decreto 1305 de 1975, ya transcrito, haciendo las distinciones entre pensiones militares y policiales con la pensión de invalidez y retiro por vejez para hacerlas incompatibles e indicando con esta diferenciación, que en la pensión militar o policial no puede asimilarse a ellas, la pensión de invalidez, por ser dos institutos prestacionales diferentes e incompatibles, tanto para los soldados y grumetes (art. 20, Decreto 1305) como para oficiales

y suboficiales (art. 143, Decreto 612) por tanto, esta pensión de invalidez y la de retiro por vejez son incompatibles con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público.

"El artículo 93 del Decreto 610 de 1977, dictado como se ha dicho, para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía, establece lo siguiente:

"*Artículo 93.* Incompatibilidad de pensiones. Las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, son incompatibles entre sí. El beneficiario podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas".

"E igualmente, el artículo 32 del Decreto 611 de 1977, dictado para los funcionarios de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado vinculados o adscritos al Ministerio de Defensa Nacional, su texto es exactamente la última para el caso concreto del actor, pero en ambas disposiciones se consagra el derecho de opción a favor del interesado o beneficiario en la concurrencia de estas prestaciones, para acoger la más favorable, autorizando la ley la renuncia de aquellas de menor cuantía y beneficios.

"La pensión que confirió la Resolución número 1729 de 9 de agosto de 1949 del Ministerio de Guerra al señor Adonisedec Cubides Mora, exsoldado, fue una pensión de invalidez, por herida de arma de fuego en el antebrazo y mano derecha, con disminución del 22% de la capacidad normal (fl. 20. Exp. Admvo. núm. 36.922) y habiendo sido el mismo actor, con el tiempo, beneficiario igualmente de pensión de jubilación otorgada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, establecimiento público adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, le es aplicable la incompatibilidad consagrada en el artículo 93 del Decreto 610 de 1977, y luego de aclarar que la pensión de invalidez no se asimila a la pensión militar por expresa distinción e incompatibilidad, dá lugar a la situación de concurrencia por incompatibilidad y nace al derecho de opción a su beneficiario, para escoger la más favorable, que fue lo realizado por el demandante en su comunicación al señor Ministro de Defensa de 7 de octubre de 1981 para acoger la pensión de jubilación a cargo de la Caja y que posteriormente dio base para que el citado Ministerio dictara su Resolución número 268 de febrero de 1983, ajustándose el acto administrativo a las disposiciones legales sobre incompatibilidad y las exigencias para extinguir la pensión de invalidez en virtud del derecho de opción del actor por la pensión de jubilación.

"El segundo aspecto se refiere a la impugnación de la Resolución 268 del Ministerio de Defensa que extinguió la

pensión de invalidez que disfrutaba el actor, por haber optado por la jubilación, por el cargo que se hace en la demanda de ser violatoria del artículo 14 del C. S. del T., que dispone: 'Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos exceptuados por la ley' por cuanto la renuncia de la pensión de invalidez, por ir contra normas de orden público es ineficaz.

"Es evidente que las prestaciones sociales son irrenunciables y que esta norma del C. S. del T., es aplicable igualmente al sector público, pero el legislador advierte, que si bien es cierto que la irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas laborales es la regla general, la ley se reserva los casos de excepción. Uno de esos casos de excepción es precisamente el de la concurrencia de las pensiones, sea de invalidez, de jubilación o de retiro por vejez, al ser incompatibles, en desarrollo del artículo 64 de la Constitución Nacional, la propia ley autoriza mediante el derecho de opción al beneficiario que se encuentra en el caso de concurrencia y éstas sean incompatibles, el de escoger la que más lo favorezca, permitiendo y autorizando lógicamente el uso de ese derecho a través de la renuncia expresa y por escrito de la voluntad de renunciar a la prestación que menos lo favorezca.

"Por consiguiente, el actor al estar ante la concurrencia de su pensión de invalidez otorgada por el Ministerio de Guerra, que no es pensión militar y se excluye, al tenor del inciso 2º del artículo 20 del Decreto 1305 de 1975, tiene el derecho de opción frente a la pensión de jubilación otorgada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, escogiendo ésta y renunciando expresamente y por escrito de la invalidez conforme aparece al folio 30 del expediente administrativo número 36992, siendo legal esta renuncia y eficaz en el ejercicio del derecho de opción y por tanto no se viola el artículo 14 del C. S. del T.

"La demanda, impugna a la Resolución número 268 de febrero 9 de 1983, del Ministerio de Defensa Nacional, por nulidad y a consecuencia de la violación del artículo 24 del Decreto-ley 2733 de 1959, norma fundamental en la estructura para la administración; establece que cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconozca un derecho de igual categoría 'no podrá revocarlo sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular'.

"En autos aparece plenamente demostrado la comunicación del actor al Ministerio de Defensa, de fecha 7 de octubre de 1981, en la cual se expresa la voluntad de renunciar a la pensión de jubilación, para efectos de disfrutar la pensión

de jubilación, sin que aparezca prueba en lo más mínimo de que hubiera vicio del consentimiento proveniente de actitudes o hechos que condujeran a la formación de un vicio en el entendimiento o voluntad del actor que hiciera nula la manifestación expresa de renuncia.

"Por todas y cada una de las anteriores consideraciones el Ministerio de Defensa Nacional solicita a esa honorable Corporación *no anular la sentencia* de fecha 14 de marzo de 1986, con que culminará el juicio número 2298, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en consecuencia se *nieguen* las súplicas del recurrente" (fls. 73 a 78).

IV. Alegato de conclusión de la parte recurrente:

Es del siguiente tenor:

"El caso propuesto a la consideración del honorable Consejo consiste en dilucidar si el *a quo* obró o no conforme a derecho al negar al recurrente el restablecimiento en el disfrute de la pensión militar de invalidez que se le otorgó en 1949 por las lesiones que adquirió durante la prestación de su servicio militar obligatorio, pensión que el Tribunal catalogó incompatible con la pensión de jubilación que le decretó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares con base en sus servicios civiles de más de 20 años prestados a esta entidad y a la Policía de Cundinamarca.

"Las pruebas allegadas al proceso se orientan a demostrar *que no existe la supuesta incompatibilidad* que le impida al señor Cubides Mora devengar las dos pensiones conjuntamente así provengan ambas del Tesoro Público. De la lectura atenta de las normas transcritas y analizadas en la demanda, se deduce fácilmente que las pensiones militares, como la de invalidez decretada en 1949 al soldado Cubides Mora, son compatibles con la de jubilación, por virtud de la excepción expresamente consagrada en la Constitución Nacional y en las leyes que la desarrollan sobre los privilegios de las pensiones militares.

"El Ministerio de Defensa Nacional decidió suspender el pago de la pensión de invalidez desde el 1º de junio de 1982, sin contar con norma legal en la cual apoyar su procedimiento, que es, por lo tanto, arbitrario. Mediante una resolución posterior, la número 268 de 9 de febrero de 1983 quiso revestir de legalidad su abuso pero lo aumentó al ordenar el descuento de todo un año de mesadas ya cobradas por el señor Cubides Mora entre el 1º de junio de 1981 y el 31 de mayo de 1982 y la mesada adicional de 1981.

"El Ministerio de Defensa Nacional dice apoyar su conducta en el artículo 93 del Decreto-ley 610 de 1977, estatuto que regulaba las pensiones de los *Empleados civiles* al servicio del ramo de Defensa Nacional. Pero olvidó que tratándose de un estatuto dictado exclusivamente para el personal civil, no se puede aplicar a las pensiones militares, como lo es la de invalidez reconocida a mi representado. Lo obvio es aceptar que *ese artículo 93 se refiere a aquellos casos en que un empleado civil adquiere simultáneamente y con base en el mismo tiempo de servicios, el derecho a devengar pensión de invalidez, jubilación y/o de retiro por vejez* (subrayo).

"La norma agrega que no pueden devengarse dos o tres pensiones al tiempo, sino que el titular deberá optar por la que más le favorezca. Habilidosamente el Ministerio de Defensa quiere hacernos creer que los soldados pensionados son empleados civiles, y sobre esa falsa premisa procede a aplicarles la norma comentada, dictada para otro grupo de servidores. Piénsese si no que a los soldados nunca los retiran para reconocerles pensión de vejez, porque esta modalidad no es propia de la milicia sino de los empleados civiles. La invalidez física la sufrió el soldado Cubides estando en filas, no trabajando en un escritorio de oficina.

"A falta de una norma expresa sobre las prestaciones sociales de los soldados, los conflictos se han decidido con las normas que regulan las de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas, que son mucho más compatible con las tareas desempeñadas por la tropa, que es un estamento militar. La norma vigente en 1982, época en que se retiró el señor Cubides de su empleo de la Caja, era el Decreto-ley 612 de 1977, que en el inciso 3º del artículo 143 dice:

"Las asignaciones de retiro y las *pensiones militares son compatibles con las pensiones provenientes de entidades de derecho público* (subrayo).

"La entidad demandada al apoyarse equivocadamente en el artículo 93 del Decreto-ley 610 de 1977 para establecer una incompatibilidad que no existe, extralimitó el ámbito legal de su aplicación, esto es, *pensiones civiles* únicamente, para hacerle producir efectos en el campo de las *pensiones militares*, que es otro muy diferente, como se ha visto y que se rige por normas propias, que sí admiten su concurrencia con las pensiones civiles provenientes de entidades de derecho público (subrayo).

"Es difícil aceptar la extraña argumentación de los apoderados de Mindefensa y de la Fiscalía Quinta del Tribunal, acogida sin beneficio de inventario por el Tribunal, consistente

en que 'en ningún caso fue voluntad del legislador considerar como militares a aquellas personas que las pensionan por invalidez'. Las 'pensiones militares' a que se refiere el artículo 143 del Decreto-ley 612 de 1977 cuyo inciso 3º fue transcrito arriba, son las de todo el estamento militar, cuyos miembros pueden disfrutar conjuntamente de asignación o sueldo de retiro (que equivale a la jubilación), y de pensión de invalidez por servicios civiles.

"Por el hecho de invalidarse físicamente un soldado al servicio de las Fuerzas Armadas, no pierde su investigación militar. Por eso a los soldados que sufren una invalidez física durante su servicio militar se les otorga pensión militar de invalidez, cuando la gravedad de las lesiones así lo amerita. Naturalmente dentro de los cuerpos militares hay que incluir a los soldados, ya que en ninguna parte del mundo existen ejércitos compuestos únicamente por oficiales, suboficiales, estados mayores, y sin tropa. Sólo pensarlo es un despropósito.

"Menos defensa tiene la acomodaticia actitud del Ministerio de 'suspender' el pago de la pensión de invalidez del demandante con 9 meses de retroactividad a la fecha en que se dictó la Resolución 268 de 9 de febrero de 1983, entre otras razones por haber retrotraído la arbitraria suspensión al 1º de junio de 1981, olvidando que está vigente la Resolución número 1729 de 9 de agosto de 1949, que es de obligatorio cumplimiento para el Ministerio de Defensa, mientras no se declare sin valor por la justicia contenciosa.

"El asunto debatido no es nuevo. La justicia contenciosa ha tenido ya oportunidad de definir claramente muchos casos similares al presente. Los dos más recientes resueltos por el mismo honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca fueron los de Mario Hernández Rincón y José Hilario Mesa Bernal, del primero de los cuales adjunto copia autenticada, advirtiendo que al escrito del recurso adjunté el fallo de José Hilario Mesa Bernal. Respetuosamente pido al honorable señor consejero tenerlas en cuenta al momento de tomar su decisión.

"Las alegaciones anteriores son un complemento de los argumentos ampliamente expuestos en los *Cargos* y sus correspondientes *Demostraciones* contenidos en el escrito del Recurso de Anulación, lo que me releva de transcribirlos nuevamente y me permite darlos por reproducidos en el presente escrito.

"Por lo expuesto, atentamente solicito al honorable consejero acceder a la petición formulada en el escrito del Recurso de Anulación, en la seguridad de que al hacerlo enmendará

el desafuero cometido por el Ministerio de Defensa Nacional contra el señor Adonisedec Cubides Mora, y la equivocación en que esa entidad hizo incurrir al Tribunal" (fls. 91 a 93).

V. Vista del Ministerio Público:

Rendida por la Fiscal Quinta de la corporación, emite el concepto cuyo texto expresa:

"En la demanda se solicitó la nulidad de la Resolución número 268 de 9 de febrero de 1983, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se declaró extinguida la pensión de invalidez reconocida al señor Adonisedec Cubides Mora, a partir de 1º de junio de 1981, y se ordenó el descuento de $ 82.650.00 pesos moneda corriente, correspondiente a su pensión de invalidez pagada entre el 1º de junio de 1981 y el 31 de mayo de 1982, incluyendo la mesada adicional por diciembre de 1981.

"El Tribunal en la sentencia recurrida negó las súplicas de la demanda.

"Cargos contra la sentencia:

"1. Violación del artículo 93 del Decreto-ley 610 de 1977 por haberse interpretado y aplicado excediendo el ámbito legal.

"Se afirma que el Decreto 610 de 1977 regula lo relacionado con los empleados al servicio del ramo de Defensa Nacional.

"Que se aplicó la norma mencionada a una pensión de invalidez de un soldado quien no era empleado civil.

"2. Violación de los artículos 17 y 30 de la Constitución Nacional por falta de aplicación.

"Se dice que en la sentencia recurrida el Tribunal omitió referirse a tales normas a fin de examinar si se quebrantaron o no.

"3. Violación del artículo 64 de la Constitución Nacional, 1º del Decreto 1713 de 1960 y 20 del Decreto-ley 1305 de 1975 por falta de aplicación.

"Que el artículo 64 de la Constitución Nacional consagra que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público salvo las excepciones legales a esta prohibición.

"Que el artículo 1º del Decreto 1713 de 1960 determina los casos en que no hay incompatibilidad para recibir dos pensiones del Tesoro Público, y que entre ellas están las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfruten los miembros de las Fuerzas Armadas.

"Señala luego que el inciso 3º del artículo 20 del Decreto-ley 1305 de 1975 dispuso que las asignaciones de retiro y las pensiones militares o policiales son compatibles con las pensiones de jubilación que provienen de entidades de derecho público.

"Que se concluye que los exsoldados pueden devengar tanto la pensión de invalidez como la pensión de jubilación.

"4. Violación del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo.

"Después de señalar el contenido de la norma citada el señor apoderado del recurrente afirma que el Tribunal en su sentencia deja de analizar los hechos de la controversia. Que el Tribunal no cumplió con lo que ordena la norma citada.

"5. Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Que al violarse el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo se quebrantó también el artículo 26 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho de defensa y la observancia de las formas propias de cada juicio.

"Se dice que la sentencia recurrida no se ajusta a lo que prescribe el Código Contencioso Administrativo, que se atenta contra el derecho de defensa del actor.

"Por su parte la señora apoderada del Ministerio de Defensa en escrito que obra a folios 73 a 78 solicita que no se anule la sentencia recurrida.

"Analizando los argumentos del recurrente este despacho opina que no se da la violación directa de las normas constitucionales y legales citadas.

"El artículo 197 del Código Contencioso Administrativo dispone:

" 'Podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva'.

"En el caso de autos la prosperidad del recurso implicaría el análisis del material probatorio allegado, lo que no procede en el trámite del recurso extraordinario de anulación.

"El Tribunal en su sentencia concluyó que al actor le era aplicable la incompatibilidad consagrada en los artículos 32 del Decreto 611 de 1977 y 93 del Decreto 610 de 1977, y que además al tener el derecho de opción escogió la más favorable, la de jubilación, lo que hizo mediante comunicación dirigida al señor Ministro de Defensa, y que dio lugar a que se expidiera el acto acusado.

"Señala también que aunque la regla general es que los derechos y prerrogativas laborales son irrenunciables, la ley se reserva los casos de excepción, y uno de esos casos es el que hace relación a la concurrencia de pensiones, y que en desarrollo del artículo 64 de la Constitución Nacional la ley da al beneficiario el derecho de opción permitiéndole escoger la que más le favorezca. Tales conclusiones no han sido desvirtuadas con el recurso interpuesto.

"En razón de lo expuesto esta Fiscalía rinde concepto adverso a la prosperidad del recurso interpuesto" (fls. 95 a 99).

Para resolver, se considera:

A) *Del recurso.*

El recurso extraordinario de anulación interpuesto se fundamenta en la violación directa de normas legales y constitucionales, con base en lo que para esa época estatuía el Decreto-ley 1º de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en el capítulo III, título XXIII, libro 4º (arts. 194 a 205), hoy suprimido por el artículo 1º del Decreto-ley 597 de 1988 (5 de abril), mas cuya aplicabilidad fue prolongada para los casos concretos en que se incoaron antes de la vigencia del mismo, según el parágrafo del mencionado decreto.

Ahora bien, el artículo 197 del citado Decreto-ley 1º de 1984 traza el marco dentro del cual deben mantenerse tanto el recurrente como el juzgador: aquél, al ejercer el recurso; éste, al considerarlo y decidirlo. Establece en efecto, que el recurso sólo deberá sustentarse y decidirse favorablemente teniendo como soporte una o varias violaciones de la Constitución Política y de la ley sustancial, por lo que hay que sustraer de su campo el eventual quebrantamiento de normas procedimentales y condena al fracaso todo intento de deducir la infracción legal a través de elementos de carácter probatorio, puesto que no es una instancia más en la que se pueda revisar todo el proceso y estudiar los elementos que obran en él, sino que su característica más importante de medio *sui generis* de impugnación la constituye la de ser un "juicio" a la sentencia ejecutoriada que dio término al proceso propiamente dicho.

Se trata, en consecuencia, de un mecanismo de confrontación de sentencia y norma, que hace juego con la causa jurídica del recurso (la infracción) y con la finalidad inmediata del mismo (la anulación de la sentencia ejecutoriada), y de allí que en muchas oportunidades el Consejo de Estado, bien a nivel de Sala Plena, bien por sus secciones, lo haya parangonado con el recurso extraordinario de casación que existe en la jurisdicción en lo civil, o más concretamente en lo que respecta a la causal 1ª descrita por el artículo 368 del Código de la materia, es decir, el llamado *"error iuris in iudicando"*, o error puramente jurídico, el que puede recaer en la providencia porque debiéndose aplicar la norma, no se aplicó o porque se aplicó a que no cabía, o porque se interpretó equivocadamente.

Si el recurrente llena los requisitos a que debe concretarse el *petitum* y su causa y si logra demostrar que indudablemente la sentencia objeto del recurso está afectada por uno de esos vicios, el medio de impugnación alcanzará prosperidad, se anulará la sentencia y el Consejo, asumiendo su papel de Tribunal de instancia para poder dictar el fallo que ha de sustituir el anulado, estudiará las pruebas que obran en el proceso, o sea, que ésta que es una verdadera etapa consecuencial, habrá de referirse también al aspecto fáctico de la cuestión sometida al conocimiento de la jurisdicción.

Sentado, pues, lo anterior que es útil para recordar la nturaleza y los alcances del recurso extraordinario de anulación y la forma como opera, corresponde a la Sala entrar a analizar separadamente cada uno de los cargos esgrimidos por el recurrente si a ello hay lugar, la oposición a ellos de la que fuera parte demandada en la instancia y los puntos de vista de la agencia del Ministerio Público acreditada ante el Consejo.

B) *Examen del primer cargo.*

Violación del artículo 93 del Decreto-ley 610 de 1977 "por haberlo interpretado y aplicado haciéndole exceder su ámbito legal, en el caso de mi representado".

La norma es del siguiente tenor:

> *"Artículo 93. Incompatibilidad de pensiones.* Las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, son incompatibles entre sí. El beneficiario podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ella".

La disposición transcrita (art. 93) se halla en el mencionado decreto-ley 610 de 1977, expedido para señalar el régimen laboral de los empleados civiles del ramo de Defensa y de la Policía Nacional. Por lo tanto, en principio sólo es aplicable a quienes estén en esa circunstancia; en consecuencia, es claro que las pensiones de jubilación, de inva-

lidez y de retiro por vejez a que tenga derecho un empleado civil del ramo de Defensa o de la Policía Nacional, son incompatibles entre sí, de modo que si, hipotéticamente concurrieren en una misma persona, el beneficiario podrá optar por la más favorable.

Mas, ¿qué sucede cuando el empleado civil en cuestión tiene derecho a pensión de jubilación en virtud de tal carácter, por reunir los requisitos de ley, pero ya desde antes, como soldado, como militar, ha obtenido y ha estado devengando una pensión de invalidez por razones del servicio? ¿Serán incompatibles las dos pensiones? ¿Podrá optar por la más favorable? O, en otras palabras ¿la norma citada y transcrita es únicamente aplicable a los que tienen derecho a pensiones de jubilación, de invalidez, o de retiro por vejez como empleados civiles del ramo de Defensa, o también a quienes han tenido el doble rango de soldados —o militares— y de empleados de dicho ramo?

Los interrogantes anteriores no obtienen respuestas adecuadas tomando aisladamente la disposición, puesto que ella es parte integrante de una instituto jurídico, cual es el régimen prestacional de los servidores del ramo de Defensa y de la Policía Nacional; en consecuencia, es necesaria la armonización y la coordinación de sus normas, dispersas en varios cuerpos legislativos, amén de que se inspira ese régimen en el principio constitucional que establece el artículo 64 de la Carta, a tenor del cual la regla general que resulta de su prohibición de recibir más de una asignación proveniente del Tesoro Público, es la de incompatibilidad "salvo lo que para casos especiales determinan las leyes".

Esas, necesarias armonización y coordinación fue lo que llevó al Tribunal a ver todo el instituto jurídico especial para el ramo de Defensa y la Policía Nacional, en ambos aspectos, es decir, tanto en lo que atañe a soldados o grumetes, a suboficiales y oficiales y a empleados civiles, tanto en nivel del Ministerio propiamente dicho como en lo que respecta a los servidores de las entidades que les están adscritas o vinculadas. Por eso analizó, entre otros, el artículo 20 del Decreto 1305 de 1975 (julio 2), expedido en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno por el artículo 3º de la Ley 24 de 1974. Ese artículo 20 permite, como excepción, la compatibilidad entre asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, pero al mismo tiempo, consagra expresamente *la incompatibilidad* entre asignación de retiro y pensión militar, y *la incompatibilidad* entre asignación de retiro y pensión de invalidez, o pensión de retiro por vejez "pero el interesado puede optar por la más favorable", diciendo finalmente que "las asignaciones de retiro y pensiones militares *son compatibles* con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público", o sea que no pertenezcan al ramo de Defensa.

De suerte que la sentencia recurrida no dio a la norma del artículo 93 del Decreto-ley 610 de 1977 una extensión inadecuada a otro ám-

bito legal. Es más, no la tomó aisladamente, sino que la tomó como parte integrante del instituto jurídico en cuestión, que establece la incompatibilidad entre asignación de retiro y pensión de invalidez, dando opción al interesado de escoger la que le sea, según su criterio, más favorable.

Así, por consiguiente, el cargo no puede prosperar.

C) *Examen del segundo cargo.*

"Infracción de los artículos 17 y 30 de la Constitución Nacional, tanto por ignorar su existencia, como por dejar de aplicarlos".

Dice el primero:

> "El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado".

Y dice el segundo:

> "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida en la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.
>
> "La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.
>
> "Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

Como todas las disposiciones del título III de la Carta, se trata de postulados filosóficos o conceptuales que recogen teorías político jurídicas que han sido desarrolladas por las leyes. Obedecen a un sistema de normatividades de valor y expresan formulaciones cuya validez práctica el propio legislador ha dejado a la ley, para que cumplan su verdadera efectividad. Así, el artículo 17 le da al trabajo humano —entendido genéricamente— una dimensión de obligatoriedad social, al tiempo que lo rodea de la "especial protección del Estado". Así, el artículo 30 sienta un respeto hacia la propiedad privada y hacia "los

demás derechos adquiridos con justo título", dándoles, sin embargo, a ambos, en aras de las necesidades colectivas, un rango especial.

Pero uno y otro han sido puntos de partida para la estructuración del Derecho Laboral en sus variados aspectos, y del Derecho Civil, del Derecho Agrario y demás ramas jurídicas que se ocupan de la propiedad privada como valor objetivo social. Es por ello que es sumamente difícil que se dé la *violación directa* por no aplicación de esos preceptos constitucionales, dado que sólo se daría a través de normas sustantivas contenidas en las leyes que los desarrollan y fijan sus alcances, lo que no ocurre al tenor del cargo que ahora se examina.

Por lo tanto, tampoco prospera este segundo cargo.

D) Examen del tercer cargo.

Violación del artículo 64 de la Constitución, del 1º del Decreto 1713 de 1960 y 20 del Decreto-ley 1305 de 1975 "por ignorar sus mandatos y dejar de aplicarlos".

Dice el artículo 64 de la Carta:

> "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los departamentos y los municipios".

El artículo 1º del Decreto 1713 de 1960 expresa:

> "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación:
>
> "a) ... ...
>
> "b) ... ...
>
> "c) ... ...
>
> "d) Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfruten los miembros de las Fuerzas Armadas".

Por último, el artículo 20 del Decreto-ley 1305 de 1975 establece:

> "Las asignaciones de retiro y las pensiones militares o policiales son compatibles con las pensiones de jubilación provenientes de entidades de derecho público".

Obsérvase entonces cómo tanto la norma constitucional como las de estirpe legal citadas consagran una regla general: "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado". Y, al tiempo, permite que, excepcionalmente, la ley señale límites precisos y taxativos a esa prohibición. Y entre esas excepciones se halla la compatibilidad entre pensión o sueldo de retiro que disfruten los miembros de las Fuerzas Armadas, por una parte, y por la otra, la compatibilidad entre las asignaciones de retiro y las pensiones militares o policiales, con *pensiones de jubilación* provenientes de entidades de derecho público.

Mas ya se vio que el artículo 93 del Decreto-ley 610 de 1977, que es norma posterior a las aquí transcritas, hace *incompatibles* entre sí las pensiones de jubilación, de invalidez y de retiro por vejez, es decir, la norma vuelve a la regla general establecida por el artículo 64 de la Constitución. De allí que haya de concluirse que la sentencia recurrida, en criterio de la Sala, no ignoró los mandatos de la disposición constitucional ni dejó de aplicarla, y lo propio puede decirse de los preceptos de rango meramente legal, sino que les dio su verdadero y real sentido, máxime cuando el actor obtuvo la pensión de jubilación como empleado civil de un establecimiento del mismo ramo de Defensa.

Por todo ello, este tercer cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

E) Examen del cuarto cargo.

Infracción del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 1º de 1984).

Se refiere al contenido de las sentencias que dicten los órganos judiciales de esta jurisdicción. Su carácter de norma eminentemente instrumental o de procedimiento, releva de mayores análisis, dado que, como se explicó en el primer apartado de estas consideraciones, las causales de anulación de sentencias ejecutoriadas sólo pueden hacer vocación a quebrantos de disposiciones constitucionales o de tipo sustancial o sustantivo, de tal manera que la violación sea directa, o sea, sin referencia a cuestiones de índole fáctico o probatorio.

F) Examen del quinto cargo.

Violación del artículo 26 de la Constitución.

Al respecto dice el recurrente:

> "La violación del artículo 170 del Nuevo Código Contencioso Administrativo no vino sola, pues acarreó también el quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional,

que consagra el derecho de defensa y la observancia de las formas propias de cada juicio.

"En el *sub judice* la violación de esta norma constitucional ocurrió porque el magistrado ponente dictó una sentencia *sui generis*, que no se ajusta del todo a lo que prescribe el Código Contencioso Administrativo en cuanto a los requisitos de forma de las sentencias de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Violación que atenta contra el derecho de defensa de mi representado, quien se vio afectado por el pronunciamiento de la providencia adversa a sus peticiones y que no se ajusta a los requisitos de ley.

"Evidentemente, una sentencia confeccionada con vacíos habría de conducir necesariamente a la negativa del *petitum*, razón imperiosa por sí sola para que sea anulada y que, en su lugar, se dicte una providencia ceñida a lo previsto por la ley" (fl. 25).

La Sala ha revisado en toda su integridad el proceso y no encuentra en él la menor sombra de duda acerca de la plena observancia del procedimiento señalado por la ley y acerca del respeto del derecho, para las partes. El Ministerio Público, cuya misión primordial es la guarda del orden jurídico, no hizo pronunciamiento acerca de este tópico, por lo cual se impone también la improsperidad de este último cargo.

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:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia de 14 de marzo de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este asunto.

No hay lugar a costas. Cancélese la caución.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 7 de julio de 1989.

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario Sección II.

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La clasificación general de empleos que trae el Decreto 1651 de 1977, permite afirmar que tanto los empleos administrativos como los asistenciales pueden corresponder a cargos de seguridad social. Consecuencialmente, son cargos de seguridad social los que no correspondan a empleados públicos o a trabajadores oficiales, que aparecen perfectamente identificados en el artículo 3º. Los cargos de los funcionarios de seguridad social pueden ser discrecionales o de carrera, quedando claramente identificados los primeros.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., veinticuatro de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número A-049. Actor: Jorge E. Penagos Cuéllar.

Se decide el recurso de anulación interpuesto mediante apoderado por el señor Jorge Eliécer Penagos Cuéllar, contra la sentencia de 25 de junio de 1987 dictada por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del proceso promovido por el recurrente contra el Instituto de Seguros Sociales —I. S. S.— Seccional Cundinamarca y Distrito Especial.

Antecedentes:

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitó el mencionado demandante que previos los trámites legales se hiciesen las siguientes declaraciones:

"1. Que se declare nulo el artículo 1º de la Resolución número 0001 de fecha enero 7 de 1981, expedida por el gerente del Instituto de Seguros Sociales —I. S. S.— Seccional Cundinamarca y Distrito Especial por medio de la cual fue declarado insubsistente el nombramiento de mi mandante, en el cargo de auxiliar de Servicios Administrativos, Clase II, Grado 13, dedicación completa de la Sección Financiera de la Unidad Programática Zonal número 14, Centro, de esa Seccional.

"2. Que en restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro de Penagos C., al mismo cargo que venía ocupando, u otro equivalente en condiciones de remuneración y jerarquía, el pago de sueldos, primas, vacaciones y prestaciones laborales dejadas de percibir hasta la fecha del reintegro, así como los aumentos que hasta la fecha en que se realice el reintegro, hubiesen afectado los conceptos anteriores. Y como consecuencia de lo anterior, solicito se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de mi mandante al I. S. S.".

La anterior pretensión se fundamenta en los hechos que acto seguido se compendian:

1º Prestó el demandante sus servicios al Instituto de Seguros Sociales, en forma ininterrumpida, desde el 4 de junio de 1964, hasta el 7 de enero de 1981, fecha en que fue separado discrecionalmente del cargo por obra del acto acusado.

2º El día 20 de agosto de 1980 tomó el actor posesión del cargo a que se refiere el *petitum* y en virtud del cual adquirió la calidad de Funcionario de Seguridad Social, de conformidad con los artículos 2º, 3º y 5º del Decreto 1651 de 1977 y 4º del Decreto 413 de 1980, mas no fue escalafonado en la carrera de funcionario de Seguridad Social.

Como normas violadas citó los artículos 69 y 70 del Decreto reglamentario 413 de 1981.

Impulsado el proceso y agotada su tramitación, puso el Tribunal fin a la primera instancia mediante sentencia de 3 de diciembre de 1982, en un todo favorable a las pretensiones aducidas. Apelado el anterior pronunciamiento, desató el recurso la Sección Segunda de esta Corporación mediante su sentencia de 25 de junio del año 1987, cuya parte dispositiva reza:

"*Revócase* la sentencia de fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar niéganse las peticiones de la demanda".

Motivación del fallo impugnado:

Anota la Sección Segunda que el fallo de primer grado accedió a las pretensiones del demandante apoyándose en los artículos 69 y 70 del Decreto reglamentario 413 de 1980 que disponen:

"*Artículo 69. De la habilitación del tiempo de servicio como período de prueba.* Para efectos de la inscripción en la carrera de funcionarios de seguridad social, a las personas vinculadas al I. S.S., a la fecha de expedición del presente decreto y que sean nombradas en

cargos de carrera, se les habilitarán los seis (6) meses anteriores de servicio al Instituto en cualquier empleo como período de prueba satisfactorio".

"*Artículo 70. Del escalafonamiento del personal incorporado a la planta.* A los funcionarios a quienes, según el artículo 69 del presente decreto se les habiliten los seis (6) meses anteriores de servicio como período de prueba satisfactorio y que se posesionen en los empleos para los cuales han sido nombrados se les inscribirá en la carrera de funcionario de seguridad social. Dicha inscripción se hará dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de posesión y mientras se expida la resolución de escalafonamiento, los funcionarios no podrán ser discrecionalmente desvinculados del servicio".

A juicio de la Sección Segunda no son empero aplicables al caso debido los artículos transcritos "porque de la confrontación entre el contenido de estas dos normas y lo dispuesto en la ley reglamentada (1651 de 1977), bien se ve que el jecutivo extralimitó las facultades reglamentarias, pues fue más allá de lo que dispone aquella, en lo relativo al ingreso a la carrera de la seguridad social". Sobre este mismo tópico dice más adelante el fallo recurrido:

"En el caso en estudio está probado que el actor tomó posesión de su cargo el 20 de agosto de 1980 y fue retirado del servicio el 6 de enero de 1981, es decir, antes de vencerse los seis meses de prueba. Se argumentará, empero, que de conformidad con los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980, el Instituto de Seguros Sociales, estaba en la obligación de habilitar como período de prueba los seis (6) meses anteriores de servicio del actor, en el cargo de carrera que le había sido asignado y a virtud de que venía laborando con anterioridad a la última asignación. Sin embargo esta disposición no se halla contenida en la ley reglamentada, por lo cual el ejecutivo se extralimitó en la facultad que le otorga el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional". El anterior planteamiento lo apoya la Sección Segunda en la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 215 de la Constitución Nacional y en la de ilegalidad de que trata el artículo 240 del C. de R. P. M., las que, dice el fallador, citando la doctrina del Consejo de Estado, "al establecer que entre disposiciones contradictorias en asuntos nacionales que (sic) aplica de preferencia la ley sobre el reglamento ejecutivo y del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 que establece que las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, serán aplicables mientras no sean contrarios a las leyes".

Con fundamento en las referidas excepciones de "inconstitucionalidad" y de "ilegalidad", concluyó el sentenciador que había de darse aplicación preferencial a la norma reglamentada, Decreto 1651 de 1977 y en especial a sus artículos 108 y 109, en lo relativo al período de prueba y "el concurso previo para ser inscrito en la carrera".

La demanda de anulación:

Un sólo cargo formula el recurrente contra la sentencia acusada, por falta de aplicación de los artículos 134 del Decreto 1651 de 1977 y 35 del Decreto 1652 del mismo año y por indebida aplicación de los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980 y de los artículos 108, 109 y 112 a 118 del Decreto 1651 de 1977.

En desarrollo del cargo, afirma el recurrente que los artículos 108, 109 y 112 a 118 del Decreto 1651 de 1977 que regulan el proceso de ingreso y perfeccionamiento de vinculación a los cargos de la carrera especial de funcionarios de seguridad social fueron indebidamente aplicados por el sentenciador "toda vez que no regulan el caso controvertido", al cual debían por el contrario aplicarse los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980, que no desarrolla únicamente el Decreto 1651 de 1977 como se sostiene en el fallo, ya que este decreto y el 1652 del mismo año "conforman un solo conjunto que no se deben desmembrar, válidamente, como lo hizo el sentenciador en la pieza procesal impugnada". Agrega que el fallador ignoró la existencia de los artículos 134 del Decreto 1651 y 35 del 1652, según los cuales "se impone (a la Administración) la obligación imperativa, pura y simple, de nombrar a las personas vinculadas, en los empleos de la planta de personal que debe adoptar el I. S. S.", sin otra exigencia distinta a la de "tomar posesión del cargo para el cual habían sido designados a efecto de que quedaran sometidos al régimen previsto en sus regulaciones generales, entre ellas al régimen específico de los funcionarios de carrera". Dice luego el censor:

"Afirmar, como erróneamente lo afirmó la Sección Segunda en sentencia recurrida, que con la expedición de las normas reglamentarias, concretamente los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980 el Ejecutivo rebasó la potestad reglamentaria, en cuanto omitió el requisito del concurso a los funcionarios vinculados, equivaldría a hacer ineficaz la imperativa obligación que el legislador impuso a la Administración de nombrar a todas las personas vinculadas —a *todas* porque la norma superior no distinguió— para nombrar, a manera de selección, sólo a aquellas que obtuvieran resultados óptimos; y respecto de ser válida la exigencia del período de prueba, significaría endilgar al legislador, con desconocimiento de su propia voluntad —contenida en la norma superior— la absoluta contradicción de que al establecer la equivalencia de cargos, exija período de prueba a quienes ya estaban vinculados y ejerciendo funciones semejantes, por no decir iguales, a las previstas en los cargos de la nueva planta de personal, a la que habrían de ser nombrados o incorporados, por expreso y nítido mandato legal".

Y concluye el actor:

"Con base en los argumentos expuestos anteriormente, queda demostrado que el fallador de segundo grado concluyó en forma equi-

vocada que los artículos 69 y 70 del Decreto reglamentario 413 de 1980 no eran aplicables al caso controvertido, incurriendo en aplicación indebida de ellos, por considerar el *ad quem* que en su expedición el Ejecutivo extralimitó la potestad reglamentaria, error de juicio en que incurrió por consecuencia de haber ignorado el contenido normativo de los artículos 134 del Decreto 1651 y 35 del 1652 de 1977 ambos, que por el motivo señalado, ignorancia u olvido, no fueron aplicados, a la controversia planteada en las instancias, siendo del caso hacerlo. Circunstancia esta que llevó, consecuentemente, al sentenciador a aplicar en forma indebida los artículos 108, 109, 112 a 118 del mencionado Decreto 1651, aplicables a las personas que fueron vinculadas al I. S. S., con posterioridad a su expedición y no a quienes para esa época estuvieran vinculados a la entidad, hipótesis en la que se encuentra el actor, suficientemente acreditada en las dos instancias, errores todos que incidieron en el juicio del *ad quem* para concluir, en la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en decisión absolutoria para el I. S. S., con relación a las pretensiones contenidas en el libelo de demanda inicial.

"Es manifiesto y ostensible que si el *ad quem* hubiese examinado los artículos 69 y 70 del Decreto reglamentario 413 de 1980 a la luz de lo preceptuado en los artículos 134 y 35 de los decretos atrás singularizados, habría concluido que aquellos no rebasan el marco normativo de ordenamientos superiores, los habría aplicado en forma debida y consecuentemente habría resuelto en el fallo acusado, confirmar la sentencia apelada".

Consideraciones de la Sala:

Según lo prescribe el artículo 194 del C. C. A., procede el recurso extraordinario de anulación contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia dictadas por las secciones del Consejo de Estado o contra las de única instancia dictadas por los Tribunales Administrativos. Y el artículo 197 *ibídem* estatuye como causal única de anulación ser la sentencia violatoria, en forma directa, de la Constitución Política o de la ley sustantiva. Ahora bien, a la violación directa de la ley se llega cuando debiendo haberse aplicado en el fallo una determinada ley sustantiva, sin embargo no se aplicó, o cuando se aplica una norma por completo ajena al asunto materia de la decisión y, finalmente, cuando se aplica la disposición correspondiente al caso, pero dándole un alcance o sentido diferente al que tiene. En otras palabras, son tres los conceptos de la infracción: falta de aplicación, indebida e interpretación errónea.

Aspecto fundamental en la formulación del recurso en estudio es de los cargos. Al respecto, manda el ordinal 3º del artículo 199 del C. C. A., que el escrito contentivo del recurso debe contener "la formulación de los cargos contra la sentencia, expresando la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutiva".

Dado sus características de recurso extraordinario, es el de anulación esencialmente formalista, por lo cual la ley lo ha revestido de especialísima solemnidades, siendo una de ellas, que cada cargo debe formularse en forma completa y exacta, señalándose concreta e inequivocadamente todos los textos sustanciales aplicables al caso debatido. Conforme a lo anterior no le es permitido a la Sala moverse oficiosamente a completar un cargo incompleto o desacertado, estudiando quebrantos de normas legales no enunciadas por el recurrente.

Aplicadas las anteriores nociones al caso *sub judice* y vistos los fundamentos jurídicos de la sentencia acusada, no es difícil concluir cómo al recurrente no asiste la razón. En efecto, quedó visto que el fallo recurrido aplicó la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 215 de la Carta al estimar que los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980 excedían los límites de la potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución.

Y un análisis pormenorizado de la preceptiva que gobierna desde el año de 1977 todo lo atinente a la seguridad social, nos permite arribar a las siguientes conclusiones que se compadecen con la solución más jurídica adaptando la regla general apropiada al caso controvertido.

Por medio de la Ley 12 de 1977 se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para determinar la estructura, régimen y organización de los Seguros Sociales obligatorios y de las entidades que los administran. Lo autorizó así mismo por el término de seis meses para reorganizar, total o parcialmente la estructura administrativa del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y determinar la de los organismos que se creen y modifiquen, y para tal fin las escalas de remuneración correspondientes, las normas sobre clasificación de los empleos, el régimen de sus prestaciones sociales y las condiciones de ingreso y ascenso y determinar "las condiciones de estabilidad e incompatibilidad y el régimen disciplinario" (art. 2º, numeral 6º).

En desarrollo del mandato legislativo, el Presidente de la República dictó los Decretos 1650, 1651, 1652 y 1653 en el año de 1977, de los cuales para el estudio que aquí se hace interesa el 1651, decreto-ley del cual cabe observar lo siguiente:

Clasifica los empleos del Instituto de los Seguros Sociales en dos grandes categorías: a) Los "asistenciales", reservados a profesionales de la medicina y de la odontología, y a aquellas personas naturales que cumplen actividades dirigidas a coadyuvar y complementar los servicios de atención integral de la salud, y b) los "administrativos", cuyo desempeño se encamina a poner en marcha las tareas que aseguren la adecuación práctica del ente con relación a sus usuarios (art. 2º).

A su turno los empleos "administrativos" son clasificados así: a) "de libre nombramiento y remoción", reservada a los cargos de

director general, secretario general, subdirectores y gerentes seccionales; b) "funcionarios de la seguridad social" y c) "trabajadores oficiales" vinculados por contratos de trabajo (aseadores, jardineros, electricistas, mecánicos, cocineros, celadores, lavanderos, costureros, planchadores de ropa y transportadores), según el artículo 3º, inciso primero.

Los "empleados de libre nombramiento y remoción" están sujetos a las normas que rigen para los demás servidores públicos de esta categoría en la rama ejecutiva del poder (art. 3º, primer inciso).

Conforme el inciso tercero del artículo 3º del Decreto 1651, los funcionarios de la seguridad social están vinculados a la administración del I. S. S., por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar convenciones colectivas con el mismo para modificar las asignaciones básicas de sus cargos. Entre ellos se ubican los no enumerados en el aparte anterior. Estos funcionarios a su vez se clasifican en cargos discrecionales como los directores de unidad programática local, jefes de oficina nacional, consejeros, asesores y, en general, los adscritos a las oficinas del director general y del secretario general, y en cargos de carrera, que son todos los demás, según el artículo 5º. Además, cuando las conveniencias de la administración así lo aconsejen y oído el concepto del Consejo Superior del Servicio Civil, puede ser variada la respectiva subclasificación. Así mismo, el artículo 6º del decreto señala las formas de ingresar al servicio que son: a) Por nombramiento ordinario cuando se trata de un cargo discrecional; y, b) Por nombramiento en período de prueba cuando se trate de un cargo de carrera de funcionario de seguridad social.

Ahora bien, en cuanto a las normas que regulan la carrera especial de los funcionarios de la seguridad social, el Decreto-ley 1651 de 1977 se ocupa solamente de quienes lleguen al servicio bajo la vigencia del mismo, estableciendo para ellos reglas acerca de su ingreso, período de prueba, derechos que surgen con ocasión de las dos situaciones principales, esto es, en período de prueba y escalafonados, obligaciones del I. S. S., para con ellos y viceversa, etc. Y en cuanto a los antiguos trabajadores expresa lo siguiente el Decreto-ley 1651 de 1977:

"*Artículo 134. De la vinculación a la planta de personal.* Las personas que al entrar en vigencia el presente decreto tengan celebrados contratos individuales de trabajo con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, serán nombrados en los empleos de la planta de personal que adoptará el Instituto de Seguros Sociales. Si aceptaren la designación procederán a tomar posesión de sus cargos".

No sobra anotar que el artículo 35 del Decreto-ley 1652 de 1977 se refiere a la planta de personal del Instituto en los siguientes términos:

"*De la planta de personal.* A partir de la fecha de expedición del presente decreto, el Instituto de Seguros Sociales procederá a elaborar la planta de personal de conformidad con las disposiciones establecidas en este estatuto y hará los nombramientos de los funcionarios que vayan a desempeñar los diferentes cargos.

"Las personas que prestan servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales serán nombradas en cargos equivalentes a los que ocupan en la actualidad.

"Si aceptaren la designación, se regirán por las normas del presente decreto, a partir de la fecha en que tomen posesión de su cargo".

El 28 de febrero de 1980 el Gobierno Nacional dictó el Decreto 413 "Por el cual se reglamenta la Carrera del Funcionario de Seguridad Social del Instituto de Seguros Sociales y se dictan otras disposiciones". De dicho decreto destaca la Sala las siguientes disposiciones:

El artículo 2º como el artículo 3º del Decreto 1651 de 1977, clasifica los servidores del Instituto de Seguros Sociales en empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales.

El 7º dice que los empleos de carrera se proveerán mediante el proceso de selección a que se refiere el artículo 109 del Decreto 1651: registro de aspirantes, concursos, nombramiento, período de prueba.

El 17 define lo que se entiende por concurso y agrega: "El Instituto convocará a concurso a las personas inscritas en el correspondiente registro de aspirantes cuando, siendo necesario proveer una vacante, no se tenga lista de elegibles. Podrá también convocar a concurso aún cuando no exista vacante, consignando este hecho en la convocatoria". El 28 regula la realización del concurso; el 42 la evaluación durante el período de prueba, y las consecuencias de ella se determinan en el 43. El artículo 44 define el escalafonamiento como el acto de inscripción en la carrera, con los derechos inherentes a ella, conforme a la ley y a los reglamentos. El 45 fija el procedimiento de inscripción, sujetándose a los pasos allí señalados.

Los artículos 69, 70 y 71 del Decreto 413 son transitorios y están concebidos así:

"69. Para efectos de la inscripción en la carrera de funcionarios de Seguridad Social, a las personas vinculadas al I. S. S., a la fecha de expedición del presente decreto y que sean nombradas en cargos de carrera, se les habilitarán los seis (6) meses anteriores de servicio al Instituto en cualquier empleo como período de prueba satisfactorio".

"70. A los funcionarios a quienes, según el artículo 69 del presente decreto se les habiliten los seis (6) meses anteriores del servicio como período de prueba satisfactorio y que se posesionen en los empleos para los cuales han sido nombrados, se les inscribirá en la Carre-

ra de Funcionarios de Seguridad Social. Dicha inscripción se hará dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de posesión y mientras se expide la resolución de escalafonamiento, los funcionarios no podrán ser desvinculados del servicio".

"71. Las personas que a la vigencia del presente decreto estén desempeñando cargos de carrera en la planta del Instituto de Seguros Sociales, deberán regirse, para efectos de nombramiento y escalafonamiento, por las disposiciones transitorias de que trata el presente decreto".

Lo cierto es que la clasificación general de empleos que trae el Decreto 1651 de 1977, permite afirmar que tanto los empleos administrativos como los asistenciales pueden corresponder a cargos de seguridad social. Consecuencialmente, son cargos de seguridad social los que no correspondan a empleados públicos o a trabajadores oficiales, que aparecen perfectamente identificados en el artículo 3º.

Igualmente, los cargos de los funcionarios de seguridad social pueden ser discrecionales o de carrera (art. 5º), quedando claramente identificados los primeros.

Todos los empleados antiguos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales se incorporan a la nueva planta de personal, con excepción de los trabajadores oficiales que el Decreto 1651 de 1977 contempla.

Quienes se incorporan a cargos de carrera son nombrados en período de prueba (art. 6º). El ingreso a la carrera implica el cumplimiento de varios requisitos previstos en los artículos 109 y siguientes. Y así mismo es claro que no se puede ingresar a la carrera sin concurso y período de prueba, según el artículo 108.

De otro lado, si bien el Decreto reglamentario 413 de 1980 respeta las normas que reglamenta, pues concretamente se refiere al concurso y sus requisitos así como al período de prueba y sus evaluaciones, y específicamente puntualiza en su artículo 7º que "los empleados de carrera de Funcionarios de Seguridad Social se proveerán mediante un proceso de selección, contiene no obstante las normas transitorias que aquí se han transcrito, que contradicen frontalmente el sistema en su conjunto. En efecto,

1. El artículo 69 "habilita" los seis meses anteriores de servicios en cualquier empleo como período de prueba satisfactorio a quienes sean nombrados en cargos de carrera.

2. El artículo 70 va más lejos al ordenar que a tales empleados se les ha de inscribir en la carrera en los noventa (90) días siguientes a la posesión.

3. El artículo 71 extiende estos privilegios a quienes, a la vigencia del Decreto 413 estén desempeñando cargos de carrera.

De tal suerte que según estas disposiciones transitorias, desaparecen todas las situaciones previstas en el Decreto extraordinario 1651 de 1977 que se reglamenta, siendo suficiente el ser nombrado en un cargo de carrera para que *ipso facto* y automáticamente el nombrado adquiera el derecho de ser inscrito, sin más requisito, en el escalafón de la carrera.

En igual orden de ideas puede afirmarse, desaparecen todas aquellas reglas relativas al proceso de selección que contempla el Decreto 1651 de 1977, ya que basta la designación en un cargo de carrera, sin importar qué cargo se desempeñaba antes, con lo cual en verdad se desnaturaliza la noción de período de prueba.

Lo que el decreto-ley reglamentado señala sin ambiguedad alguna es que aquellas personas anteriormente vinculadas por contrato de trabajo ingresarían a la planta de personal nueva, lógicamente en los términos y con las modalidades que la misma disposición establece. En parte alguna señala que habrían de ingresar a la carrera de seguridad social, pues tal cosa implicaría requisitos y trámites allí mismo previstos con toda claridad.

Y aplicando las normas que aquí se han relacionado al caso debatido en el proceso, se tiene que el actor Jorge E. Penagos Cuéllar se vinculó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales el 4 de junio de 1964 mediante contrato de trabajo por el término de cuatro meses y 13 días en su condición de mensajero de la Sección de Farmacia. El 24 de septiembre del mismo año y con igual relación laboral fue designado como mensajero de la Sección Farmacia. El 8 de septiembre de 1965 es ascendido al cargo de Auxiliar de Farmacia con contrato de trabajo. El 1º de junio de 1968 es trasladado al cargo de Auxiliar de Farmacia del Dispensario de Paiba con igual vinculación laboral a la anterior. El 6 de noviembre es trasladado a igual cargo en la Clínica San Pedro Claver y con igual asignación. El 19 de agosto de 1970 es ascendido al cargo de Despachador de Drogas de la misma Clínica con contrato. El 31 de octubre de 1970 es trasladado al cargo de Despachador de Drogas de la Farmacia Central. El 28 de noviembre del mismo año es trasladado a la Farmacia del Dispensario Central. El 20 de agosto de 1980 se posesionó como Auxiliar de Servicios Administrativos —Sección Financiera— Clase III, Grado 13, nombrado por Resolución número 4477 de la misma fecha con carácter de "Incorporación Planta". Y el 7 de enero de 1981 es declarado insubsistente por medio de la Resolución número 001 de esa fecha.

Lo cierto es que el Instituto de Seguros Sociales mal podía inscribir y escalafonar al actor como funcionario de seguridad social, puesto que ello implicaba la realización de un concurso y la superación de un período de prueba. El señor Penagos no participó en concurso alguno ni existe constancia alguna de que hubieran transcurrido los seis meses de período de prueba, ya que fue incorporado a la planta de personal y tomó posesión de su cargo como se ha visto, el 20 de

agosto de 1980, produciéndose su insubsistencia el 7 de enero de 1981, esto es, antes de transcurrir ese período de los seis meses. Por manera que su retiro del servicio no podía estar condicionado a los requisitos del artículo 125 del Decreto 1651 de 1977.

Conforme el artículo 118 del Decreto 1651 tantas veces mencionado, durante el período de prueba el funcionario podrá ser discrecionalmente retirado del Instituto; de suerte que aceptando que el demandante se encontraba en ese período de prueba, al momento de su insubsistencia no habían transcurrido los seis meses y, por ende, fue legal esa insubsistencia.

El artículo 69 del Decreto reglamentario 413 de 1980, norma transitoria, habilitó como período de prueba los seis meses anteriores de servicio en cualquier empleo del I. S. S. Pero esa norma como lo destacó la Sección Segunda en la sentencia recurrida excedía la potestad reglamentaria siendo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Constitución Nacional, porque el período de prueba, como ya se ha expresado debe cumplirse con posterioridad a la posesión en el cargo conforme lo establecen los artículos 116 y 117 del Decreto-ley 1651 de 1977, máxime que el artículo 108 *ibídem* impone la previa realización de un concurso, requisito este que, en consecuencia, fue dispuesto por norma superior como lo es el decreto-ley en mención que mal puede ser ignorado en el decreto reglamentario, como efectivamente lo fue en los artículos transitorios 69, 70 y 71 del Decreto 413 de 1980.

Conforme lo anteriormente dicho, es forzoso concluir que en el caso presente no hubo violación ni de la Constitución ni de la ley sustantiva, sino cabal aplicación de las disposiciones que aquí se han citado. Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto mediante apoderado por el señor Jorge Eliécer Penagos Cuéllar contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el 25 de junio de 1987.

No hay lugar a condenar en costas y perjuicios por no haberse causado. Consecuencialmente, cancélese la caución otorgada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día veintitrés (23 de agosto de mil novecientos ochenta y nueve 1989).

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Presidente; ausente. *Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Benavides Melo,* ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna,* salvamento de voto; *Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, Jorge Penen Deltieure, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta,* aclaró voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL (Salvamento de voto)

No hubo un desbordamiento de las reglas que ya había dado el legislador extraordinario para el trato de los antiguos servidores del ICSS; antes bien, fue su derivación lógica. Por lo cual, el sentenciador de instancia aplicó indebidamente los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980, y por lo mismo brota la violación de esas normas reglamentarias que también son de naturaleza sustantiva y que están adheridas a las que reglamenta. Algo semejante puede concluirse en cuanto hace los artículos 108, 109 y 112 a 118 del Decreto-ley 1651 de 1977.

Salvedad de voto del Consejero Alvaro Lecompte Luna respecto al fallo de veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989) dictado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sesión del día veintitrés (23) de los mismos mes y año que recayó en el expediente número A-049, actor: Jorge E. Penagos Cuéllar.

Como lo explicó ampliamente el suscrito durante el debate suscitado en torno del proyecto de sentencia que al cabo fue acogido por la mayoría, son muchos los puntos de tipo jurídico y de orden doctrinal que lo llevan a disentir, con todo respeto, de las consideraciones y de la decisión adoptada en la tal providencia.

En primer término, ha de recordarse se trató de establecer acerca de la prosperidad del *recurso extraordinario de anulación* que se había interpuesto contra el fallo de veinticinco (25) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987), proferido por la Sección Segunda de esta Sala, y que, según el análisis de los cargos esgrimidos por el impugnador no habría de tener, como en efecto no tuvo en criterio del ponente y de la mayoría, recurso favorable. Es por ello extraño que se haga un recuento fáctico acerca de la situación del demandante al Instituto Colombiano de Seguros Sociales primero y frente al Instituto de Seguros Sociales después, e inclusive para glosar el acto que lo incorporó a la planta de personal y al acto que declaró la insubsistencia del empleo que venía desempeñando. Como lo han recalcado innúmeras veces la Sala Plena y sus Secciones al resolver recursos extraordinarios de anulación, las cuestiones de hecho y de índole probatoria sólo pueden ser tocadas en el caso de que el medio de impug-

nación prospere, y únicamente para reponer la sentencia anulada; y en esto es muy claro el tercer inciso del artículo 205 del C. C. A.

Porque —y esto también ha sido determinado por la jurisprudencia— el recurso extraordinario de anulación (hoy suprimido por el Decreto-ley 597 de 1988 para los que se interpongan después de la vigencia del mismo) era semejante, en cuanto a su filosofía y a sus alcances, a la causal primera que para el recurso de casación en lo civil precisa el artículo 368 del C. de P. C. la violación de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea constituye esa causal primera de la casación en lo civil, y la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva es la causal única demarcada por el artículo 197 del C. C. A. para que pueda anularse una sentencia ejecutoriada (') de única o de segunda instancia dictadas por las Secciones del Consejo de Estado y contra las de única dictadas por los Tribunales Administrativos. De allí que con sabiduría se haya determinado jurisprudencialmente cómo lo definido por ambas disposiciones —el artículo 368 del C. de P. C. y el artículo 197 del C. C. A.— equivalgan a lo que la doctrina ha llamado *error iuris in iudicando* (o error puramente jurídico), para cuyo examen ha de descartarse todo lo que atañe al denominado *error facti in iudicando*, nacido de la equivocada apreciación de los hechos.

Por lo tanto, como de acuerdo con los párrafos que estudiaron las normas sustanciales que el recurrente señaló como quebrantadas se concluía que no habían sido transgredidas en el fallo de la Sección Segunda, ahí debió quedarse la sentencia de la cual disiente el suscrito Consejero, sin que se entrara a lucubrar sobre cuestiones cuya naturaleza escapa al concepto de "violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva".

Claro está que, si otra hubiera sido la conclusión, es decir, si ésta hubiera sido en favor de anular la sentencia recurrida, a renglón seguido se habría entrado a examinar los hechos y sus pruebas, pero para el solo efecto —se repite— de determinar cuáles serían las motivaciones del fallo que sustituiría el de instancia, dado que el citado artículo 205, tercer inciso, del C. C. A., pone en cabeza del Consejo de Estado esta labor, a diferencia del artículo 375, cuarto inciso, del C. de P. C., que atribuye la tarea de "renovar" la sentencia causada al tribunal que la hubiere proferido.

Pero lo fundamental, lo básico para que el suscrito no comulgue con la mayoría estriba en reflexiones de más hondo calado, que hacen a nociones de justicia y a principios normativos e históricos, que lo inducen a apartarse de esos criterios, no obstante que haya sido la constante en pronunciamientos adoptados por la Sección Segunda en asuntos similares, cuando aún no tenía el honor de contarse entre los miembros de la Corporación. Ellos son:

1: Como es sabido porque así lo explica el texto del fallo del que se disiente, el único cargo formulado por el recurrente fue por falta de aplicación de los artículos 134 del Decreto 1651 de 1977 y del 35 del Decreto 1652 de igual año —ambos con la categoría de "decretos-leyes" por haber sido expedidos en desarrollo de las facultades extraordinarias emanadas de la Ley 12 de 1977— y por indebida aplicación de los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980 —reglamentario— y de los artículos 108, 109 y 112 a 118 del primeramente mencionado.

Y en verdad, la sentencia recurrida se limitó a no aplicar el Decreto reglamentario 413 de 1980 debido a que aplicó respecto a él, las excepciones de "inconstitucionalidad" y de "ilegalidad", entendiendo que había rebasado las facultades reglamentarias que tiene el Presidente de la República, sin detenerse a examinar e interpretar el texto de esas normatividades en todos sus alcances. En el artículo 134 del Decreto-ley 1651 de 1977 está el origen, la génesis de la regla excepcional en cuanto atañe a la incorporación casi masiva de los antiguos servidores del otrora Instituto Colombiano de Seguros Sociales a la planta de personal de su "heredero" Instituto de Seguros Sociales; dice ese artículo:

> "*De la vinculación a la planta de personal. Las personas al entrar en vigencia* el presente decreto tengan celebrados contratos individuales de trabajo con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, *serán* nombrados en los empleos de la planta de personal que *adoptará* el Instituto de Seguros Sociales. Si aceptaren la designación, procederán a tomar posesión de sus cargos" (Subrayas del suscrito).

Obsérvese que está hablando de un presente existente en ese momento, en el momento de entrar en vigencia la nueva realidad; o en otras palabras, está hablando de "las personas" que en ese momento histórico se hallen vinculadas con el ICSS mediante contratos individuales de trabajo; ellas, esas personas, son los sujetos en cuyo favor se establece la obligatoriedad para el ente estatal de ser nombrados en la planta de personal. Y es una obligatoriedad puesto que el legislador extraordinario usó la expresión verbal *"serán nombrados"*, lo que implica una orden para las directivas del Instituto de Seguros Sociales de designar a dichas personas "en los empleos de la planta de personal" del mismo. Y se trató de una incorporación casi masiva de esas personas, puesto que su continuidad dependía de la voluntad de las propias personas, no del Instituto, dado que la norma tiene esta expresión final: "Si aceptaren la designación procederán a tomar posesión de sus cargos".

Obsérvese también que el artículo 35 del Decreto-ley 1652 de 1977 enseña:

> "*De la planta de personal.* A partir de la fecha de expedición del presente decreto, el Instituto de Seguros Sociales

procederá a elaborar la planta de personal de conformidad con las disposiciones establecidas en este estatuto y *hará* los nombramientos de los funcionarios que vayan a desempeñar los diferentes cargos.

"*Las personas que* prestan servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales serán nombradas en cargos equivalentes a los que ocupan en la actualidad.

"Si aceptaren la designación, se regirán por las normas del presente decreto, a partir de la fecha en que tomen posesión de su cargo" (Nuevamente subraya el suscrito).

Resulta claro entonces que el mismo legislador extraordinario estatuyó un trato preferencial, casi que privilegiado, en favor de los antiguos servidores del ICSS que en ese momento de la transformación estaban vinculados mediante contratos individuales de trabajo. Debieron ser nombrados en cargos equivalentes a los que en ese momento tenían en la nueva planta de personal elaborada por el Instituto de Seguros Sociales, debiéndose regirse, de allí en adelante, al tomar posesión del respectivo cargo, por las normas del "presente decreto", es decir, del 1652 de 1977.

Mas como quiera que el pleno cumplimiento y de la puesta en vigencia de la nueva estructura causó serios traumatismos de carácter social, demorándose en el tiempo, sin saberse cómo lograr la operancia del paso de los hasta ese momento "trabajadores de la seguridad social" a la clasificación señalada en el Decreto-ley 1651 de 1977, hubo necesidad de reglamentar esa permanencia obligatoria y casi masiva de esas personas a la planta de personal del ISS. Para eso se dictó el Decreto reglamentario 413 de 1980, el que será comentado e interpretado por el suscrito, más adelante.

Entonces es evidente —o por lo menos, así lo cree el suscrito— que la sentencia recurrida olvidóse de aplicar las citadas normas contenidas en los artículos 134 del Decreto-ley 1651 de 1977 y 35 del Decreto-ley 1652 del mismo año, de indudable naturaleza sustancial, dado que de ellos, de los textos de ambos, emanan derechos subjetivos para las personas que en el momento de entrar en vigencia, estaban vinculadas por contratos individuales de trabajo al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

De suerte que la primera parte del cargo único esgrimido por el recurrente contra la sentencia de 25 de junio de 1987 de la Sección Segunda de esta Sala, surge nítida, lo que amerita el análisis de la segunda parte de él, o sea, la indebida aplicación de los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980 (reglamentario) y de los artículos 108, 109 y 112 a 118 del Decreto-ley 1651 de 1977.

2º El Decreto 413 de 1980 reglamenta todo lo atinente a la puesta en marcha de la "carrera" de los "funcionarios de la seguridad social",

distinguiendo entre las personas que entrasen *después* de la vigencia de la nueva realidad jurídica y las personas que, en virtud de las disposiciones legales de privilegio en favor de los antiguos servidores del ICSS, fueron designadas *obligatoriamente* (ver los arts. 134 del Decreto-ley 1651 de 1977 y 35 del Decreto-ley 1652 de 1977, arriba transcritos) en la nueva planta de personal, porque así tenía que ser, porque el cambio de régimen requerirá de disposiciones especiales para ellas.

No fue, por consiguiente, más allá el reglamento de lo que ya había previsto el legislador extraordinario para la metamorfosis que nació de la crisis a que se ha aludido. Tuvo que darle fuerza a esa normatividad especialísima que el propio legislador extraordinario había creado para esos antiguos servidores, para que ellos no tuviesen que someterse al concurso que se convocara "cuando, siendo necesario proveer una vacante, no se tenga lista de elegibles" o cuando, aún no existiendo vacante, se consigne ese hecho en la convocatoria (art. 17); para que no tuviesen que someterse a concurso (art. 28); para que no tuviesen que ser evaluados durante el período de prueba y a sus consecuencias (arts. 42 y 43); para que no tuviese que definírseles el escalafón (art. 44), etc. Para los antiguos servidores del ICSS que fueron nombrados en la planta de personal del ISS, hubo las siguientes regulaciones:

a) El artículo 69 del Decreto 413 de 1980 dijo:

> "Para efectos de la inscripción en la carrera de funcionarios de seguridad social, las personas vinculadas al ISS a la fecha de expedición del presente decreto y que sean nombradas en cargos de carrera, se les habilitarán los seis (6) meses anteriores de servicio al Instituto en cualquier empleo *como período de prueba satisfactorio*" (Se subraya por el suscrito).

Y era lógico; el período de prueba se establece para saber cómo desempeña las funciones una persona, lo que sobra con alguien que tiene mucho tiempo de vinculación con un ente u organismo.

b) El artículo 70 *ibídem* agregaba:

> "A los funcionarios a quienes, según el artículo 60 del presente decreto se les habiliten los seis (6) meses anteriores del servicio como período de prueba satisfactorio y que se posesionen en los empleos para los cuales han sido nombrados, *se les inscribirá* en la Carrera de Funcionarios de Seguridad Social. Dicha inscripción se hará dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de posesión y *mientras se expida la resolución de escalafonamiento, los funcionarios no podrán ser desvinculados del servicio*" (Nuevamente se subraya por el suscrito).

Si ya había sido tenido el período de prueba como superado, se imponía la inscripción "dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de la posesión" y la inamovilidad durante ese lapso.

c) El artículo 71 destacó:

> "Las personas que a la vigencia del presente decreto *estén* desempeñando cargos de carrera en la planta del Instituto de Seguros Sociales, deberán regirse para efectos de nombramiento y escalafonamiento, *por las disposiciones* transitorias de que trata el presente decreto" (Subrayas del suscrito).

Fueron, pues, disposiciones transitorias relativas al paso de un régimen al otro, como se suele hacer cada vez que se produce tal fenómeno. Causaría mayores males si se hiciere "borrón y cuenta nueva" cuando él tiene ocurrencia y nada se dice acerca de lo que ocurre en cuanto a lo que existía antes.

No hubo, como ya se ha expresado, un desbordamiento de las reglas que ya había dado el legislador extraordinario para el trato de los antiguos servidores del ICSS. Antes bien, fue su derivación lógica. Por lo cual, el sentenciador de instancia aplicó indebidamente los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980, por lo cual brota la violación de esas normas reglamentarias que también son de naturaleza sustantiva y que están adheridas, por decirlo así, a las que reglamenta.

3º Algo semejante puede concluirse en cuanto hace a los artículos 108, 109 y 112 a 118 del Decreto-ley 1651 de 1977, que fueron igualmente indebidamente aplicados por la sentencia de instancia, en cuanto no se les vio sus alcances frente al caso concreto que se tenía en juzgamiento, y también por ello imponíase la anulación del fallo que revisaba, en recurso extraordinario de anulación, del que el suscrito disiente dentro del mayor respeto. No son necesarios mayores análisis, porque la aplicación correcta de tales artículos y sus alcances era una consecuencia obvia de la situación creada por las disposiciones del Decreto 412 de 1980.

4º Imponiéndose, como lo estima el suscrito, la prosperidad del recurso extraordinario de anulación, con el fin de dictar la sentencia sustitutiva de instancia, entraríase a estudiar los hechos y las pruebas relacionadas con el actor Penagos Cuéllar como es narrada extrañamente en una providencia en la cual, no obstante, no hubo prosperidad, pero ello ya se anotó en los primeros párrafos de este salvamento.

5º Pero aún aceptando en gracia de discusión que el Decreto reglamentario 413 de 1980 hubiese ido más allá de lo dispuesto en las normas reglamentadas, de todas maneras era un acto administrativo que gozaba de la presunción de legalidad, como todo acto administrativo, y, por ende, cobijado por las prerrogativas de regularidad, veracidad y de

licitud. No podía ser desconocido por la Administración (el ISS) por sí y ante sí, pues ese decreto reglamentario no había sido objeto de controversia judicial. Debido a ello, eso fue lo primero que debió sentar ese fallo de instancia sustitutivo que, claro está, nunca llegó a cuajarse ante la decisión de improsperidad que ha tomado la Sala Plena.

6º La actitud tomada por el ISS hacia los antiguos servidores del ICSS produce vértigo porque desconoció una realidad que impuso la propia ley, lo que revela una conexidad entre aquello que se dispuso por esa ley emanada del Gobierno revestido con el título de legislador extraordinario y lo que, en últimas, decidió la Administración ignorando lo que se había estatuido sobre la materia. Eso crea desorden, desconfianza y precipita el irrespeto hacia la autoridad que burla lo que ella misma ha señalado como normatividad jurídica para una situación dada. Y ello bastaba para que, en la sentencia sustitutiva hubiésense despachado favorablemente las peticiones de la demanda, a pesar de que en muchísimas oportunidades anteriores, la Sección Segunda fallase en ese sentido, que el suscrito se aparta. Hay ciertas posiciones que ameritan rectificarse.

7º Cuando los administrados —y en este caso, los antiguos servidores del ICSS que fueron vinculados a la planta de personal del ISS— confiaron en que el orden jurídico creado para ellos sería respetado por los encargados de dirigir el ente; que sólo serían removidos atendiendo las causales que la ley había establecido y no en uso de la discrecionalidad que muchas veces linda con el capricho. Al frustrarse esa confianza a través de actos administrativos concretos como el que se juzgó en la Sección Segunda de esta Sala so pretexto de desconocer parte intrínseca de la ley y de la reglamentación que había creado ese orden jurídico en su favor con el motivo recóndito de que el reglamento había rebasado las atribuciones del legislador, atribuyéndose el Administrador algo que no le corresponde, es decir, la de "juzgar" la legalidad del acto administrativo genérico que reglamentaba la situación de esos antiguos "trabajadores de la seguridad social" que, por parte de la transformación del ISS, pasaron a ser "funcionarios de la seguridad social". Y ese acto administrativo genérico tenía en sí el privilegio o la presunción de legalidad, como ya se indicó arriba.

Sumadas las anteriores consideraciones podrían agregarse muchas otras. Mas esas, las expuestas, son suficientes para esquematizar lo más posible el pensamiento del suscrito Consejero en torno al fallo del que ahora se disiente, con el máximo respeto hacia la decisión mayoritaria.

Alvaro Lecompte Luna.

Bogotá, 29 de agosto de 1989.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Referencia: Número A-049. Actor: Jorge E. Penagos Cuéllar.

Con toda consideración aclaro mi voto dentro del proceso de la referencia para destacar que estoy de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia en cuanto niega la anulación solicitada, pero discrepo de los considerandos de la misma, pues la verdadera razón para la no prosperidad del recurso radica, a mi juicio, en el enfoque jurídico-filosófico que desde un principio he destacado respecto de este medio de impugnación y que bien puede resumirse en el siguiente párrafo tomado del salvamento de voto que hice dentro del proceso número 4803. Actor: Eustelly de Jesús Ramírez.

En él se lee:

II

Si se concibe el ordenamiento jurídico como una plenitud hermética, no será posible que haya sentencias ejecutoriadas contrarias a la Constitución Política o a la ley sustantiva. Efectos que produce la norma de habilitación.

Ilustres exponentes del pensamiento jurídico como Kelsen, Cossio y Aftalión, enseñan que sólo dentro de la concepción racionalista del derecho, que considera que la ley es de por si algo *autónomo* e *independiente* es posible hablar de sentencias contra la ley. Pero si la ciencia jurídica se concibe como una *plenitud hermética,* tesis universalmente aceptada hoy y consagrada en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, ello no es posible. Sobre el particular Kelsen nos enseña:

"La relación entre la ley o una norma general del derecho consuetudinario y una decisión judicial, puede ser interpretada de la misma manera.

"La decisión judicial crea una *norma individual* que debe ser considerada como *válida,* y, por tanto, como *legalmente obligatoria,*

mientras no haya sido *anulada* a causa de su *'ilegalidad'* en la forma prescrita por la ley mediante declaración de un órgano competente. El derecho no sólo establece que el tribunal debe observar cierto procedimiento para llegar a tal decisión y que ésta ha de tener determinado contenido; *también prescribe que una decisión judicial que no concuerde con tales preceptos seguirá en vigor mientras no sea revocada por el fallo de otro tribunal, dentro de cierto procedimiento, y a causa de su 'ILEGALIDAD'. Esta es la forma ordinaria en que una decisión judicial puede ser nulificada...Si tal procedimiento ha concluido, o no se ha hecho uso de él, entonces hay RES JUDICATA. En relación con la norma de grado más alto, la inferior posee fuerza de LEY... Si un tribunal de grado más alto facultado para verificar la conformidad de la norma inferior con la superior, NO CONSIDERA ILEGAL A LA PRIMERA, o si no se pide NINGUNA DECLARACION ACERCA DE TAL ILEGALIDAD, la decisión judicial posee, por decirlo así, VALIDEZ PLENA, lo que equivale a declarar QUE NO PUEDE SER NULIFICADA* (Teoría General del Derecho y del Estado. Textos Universitarios México 1969, págs. 188 y 189).

"La 'inconstitucionalidad' o 'ilegalidad' de una norma que, por una u otra razón, *tiene que presuponerse válida*, significa, entonces, bien la posibilidad de que la regla normativa sea anulada (en la forma ordinaria si es una decisión judicial, y en otra si es una ley), bien la de que el precepto sea nulo. Su nulidad significa la negación de su existencia para el conocimiento jurídico. *No puede haber ninguna contradicción entre dos normas que pertenecen a diferentes niveles del ordenamiento legal.* La unidad de éste no puede nunca ser puesta en peligro por una contradicción entre un precepto superior y otro inferior en la jerarquía del derecho" (Obra citada, pág. 192).

El ilustre jurista argentino Carlos Cossio también se ocupa del estudio de las denominadas *"sentencias contra la ley"*, y enseña:

"Pero donde la apariencia aberrante culmina, según las concepciones tradicionales del derecho, es en las llamadas sentencias contra ley. Aquí parece que en la sentencia hubiera fuente material, pero no fuente formal; aquí parece que habría de hablarse de una vigencia que no tiene validez.

"Desde el punto de vista lógico-formal, el *racionalismo* entiende que una sentencia contra ley vulnera el principio de contradicción por que está implicada la enunciación de que A es B y no es B, es decir, que la ley es el derecho y no es el derecho. Pero tampoco aquí, al negar la ley, se niega de ninguna manera una existencia que la ley no tiene. También aquí se opera con la falsa identidad de *norma y derecho.* La llamada sentencia contra ley no cuestiona la existencia jurídica; por el contrario ésta le es incuestionable ya que está mentada por la propia sentencia contra la ley. En la sentencia contra la ley no hay más problema que el de la fuerza de convicción por la arbitrariedad que pudiera estar implicada al haberse prescindido de la ley.

"La verdad es que la sentencia contra ley se hace problema con apariencia de una contradicción lógica, *sólo bajo la idea de que cada ley es de por sí algo autónomo e independiente. Pero la noción de una sentencia contra la ley que resulta por abandonar la norma genérica en la que la sentencia claramente podría subsumirse, de modo que quedaría en contradicción lógica esta norma y la norma individual de la sentencia, es UN ESPEJISMO que se desvanece con la noción del ORDENAMIENTO JURIDICO COMO UN TODO.* En efecto, producida una sentencia contra ley, el ordenamiento autoriza a recurrir de ella mediante los recursos procesales de apelación o de nulidad. Pero estos recursos significan necesariamente que la sentencia contra ley, así como puede ser *revocada* o *anulada,* puede también ser confirmada. Con lo primero, el problema ya no subsiste; y con lo segundo se hace evidente que no cabe hablar de una *sentencia contra ley,* desde que el propio *ordenamiento contiene la posibilidad de su convalidación.* En rigor, toda norma jurídica individual, por ser norma de un ordenamiento, conlleva en sí la posibilidad de su convalidación por un órgano superior. Esto demuestra que cuando una sentencia tiene, como fuente formal, una norma jurídica específica del ordenamiento para subsumirse en ella, tiene a la par, *también como fuente formal, esa otra norma más general que deriva del ordenamiento en conjunto y en cuya virtud puede convalidarse por un órgano supremo.* En este caso, la sentencia contra ley queda *JURIDICAMENTE HABILITADA,* por esta norma subsidiaria que SCHREIER ha llamado norma de *HABILITACION...* Para que la norma de habilitación alcance una fuerza lógica pareja a la de la norma específica general que desaloja, se requiere agregarle algo que la norma de *habilitación* tiene como su contenido conceptual. *Este algo, según lo comprueba la mecánica del ordenamiento jurídico, es la decisión de UN FUNCIONARIO SUPREMO.* De todas maneras, es obvio que la *norma de habilitación* existe en todo ordenamiento jurídico en razón de la estructura del ordenamiento como un *conjunto:* Existencia de la que no puede dudar en vista de que al apelar de una sentencia contra ley, va supuesto forzosamente que esa sentencia podría ser confirmada; es decir, que tendría plena validez jurídica porque con el pronunciamiento confirmatorio se ha cumplido el requisito lógico que la *equipara en su validez con cualquier norma específica del ordenamiento.* Y en todo esto no ha de olvidarse que 'en caso judicial siempre se resuelve por la *totalidad del ordenamiento jurídico* y no por una sola de sus partes, tal como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie en que yace, aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto' (Miguel Reale. La Teoría Estimativa del Derecho, en Revista Facultade de Direito de Sao Paulo, Vol. 34, pág. 136).

"Pasando ahora al punto de vista lógico-trascendental de este problema, ha de decirse que *si toda sentencia tiene dos fuentes formales o cauces normativos para subsumirse, la elección de uno u otro depende de la valoración jurídica en cuanto que con uno u otro se expresare mejor el sentido del caso.* En una situación *parecida a la situación corriente de que hubieren dos o más leyes para mentar el*

mismo substrato de conducta, por ejemplo, para mentar la muerte de un hombre por otro. Sólo que, teniendo mucha menor fuerza de convicción la subsunción en la norma de habilitación, *ha de ser verdaderamente tremenda la injusticia estipulada en una ley para que, al vivenciarse con tal intersubjetividad un estado ambiental contra lo que en ella califica de entuerto.* El juez se decida a fallar *contra la ley* mediante la *habilitación* como recurso extremo. Sólo en semejantes hipótesis su sentencia tendría todavía fuerza de convicción. Con esto se viene a decir que la fuerza de convicción material o axiológica debe compensar suficientemente la debilidad de la fuerza de convicción lógica de la habilitación, para que una sentencia contra ley tenga valor objetivo. *Por eso la objetividad de las sentencias contra ley se tiene por excepcionalísima en la doctrina.*

"Sin embargo, la verdad es otra, porque después del análisis precedente resulta que *NO HAY SENTENCIAS CONTRA LEY:* Sólo hay sentencias que tienen fuerza de convicción o que carecen de ella...La tacha a una sentencia de ser *contra ley,* no significa de verdad lo que literalmente dice, a saber, la existencia de un acto ilícito; y mucho menos significa la pérdida del ser jurídico de ese acto. En rigor, la locución sólo expresa una falta de *fuerza de convicción superlativa,* con el lenguaje de una ciencia racionalista, en cuanto el derecho *está identificado con la norma* y en cuanto se acentúa el desvalor de la situación resultante con tan enfática descalificación. Pero así como se habla, *con ligereza científica,* de sentencias contra ley cuando falta la fuerza de convicción, así también nunca se habla de ella cuando la fuerza de convicción sobre, aunque el mismo problema anti-normativo se encuentre implicado. Por el contrario en estos casos es frecuente ver a los juristas elogiar en la emergencia una obra maestra de interpretación. Y esta doble actitud prueba, mejor que nada, que la etiqueta verbal en boga aprobatoria o desaprobatoria simplemente traduce el bagaje conceptual, con que la ciencia jurídica de un determinado momento podía aludir el problema de la fuerza de *convicción*" (Teoría de la Verdad Jurídica. Carlos Cossio, págs. 260 y ss.).

A su turno, ENRIQUE AFTALION, gran tratadista de "Introducción a la Ciencia del Derecho", al estudiar el problema nos dice:

"Hemos visto que la creación normativa de los órganos se desenvuelve normalmente (y debe desenvolverse siempre) dentro de los límites impuestos a dicha creación por la *norma superior* que el órgano aplica, es decir por la norma en la que *funda su validez* la primera. Pero puede ocurrir que un *órgano cualquiera proceda a su creación normativa excediéndose en los límites impuestos a la misma por la norma superior.* Se trata del caso de la *sentencia 'contra ley'* o de la *ley 'inconstitucional'.* En estos supuestos parecería, a simple vista, que la norma inferior carece de toda validez y que no es, por tanto, una norma. La doctrina tradicional conceptúa estos casos como *normas sin validez, actos nulos,* aún *inexistentes,* pero esta conceptuación es contradictoria. En verdad, si se analiza el orden jurídico positivo se

observa que para estos casos el mismo prevé un procedimiento determinado, ya sea de *anulación del acto*, afectado de dicho vicio, ya sea de sanción contra el órgano transgresor, pero *si el procedimiento de anulación no es intentado o si, siendo intentado la norma cuestionada es confirmada por el órgano autorizado para ello, la norma no se encuentra, en verdad, en contradicción con la norma superior* ya que ésta prevé expresa o implícitamente esa posibilidad de confirmación. Al declarar irrelevante la opinión de un particular cualquiera y sólo relevante la opinión de un órgano autorizado al efecto para declarar la conformidad o disconformidad entre una norma superior y otra inferior, el orden jurídico excluye la posibilidad de dicha contradicción. La norma superior establece en verdad una alternativa, ya que la norma inferior puede ser creada con el procedimiento y contenido determinados en la norma superior *o con cualquier otro contenido y procedimiento siempre que sean CONVALIDADOS POR EL ORGANO AUTORIZADO AL EFECTO*. Con terminología que, aunque no es propia de Kelsen, resulta, expresiva para designar la situación, se denomina *'norma de habilitación'* a esta segunda parte de la alternativa que necesariamente se encuentra en la norma superior expreso implícitamente— y que sirve para fundar la validez de las normas aparentemente carentes de ella, *habilitando o convalidando* de este modo la decisión del inferior...".

Luego el referido tratadista ilustra su pensamiento con el siguiente ejemplo: *"Sentencia 'contra ley' material.* Supongamos que un juez dicta una sentencia contraria al texto legal del fondo. Donde éste establece una pena de 8 a 25 años dicta, por ejemplo una pena de 26; o donde aquél requiere mayoría de edad, el juez declara la validez de un acto otorgado por un menor, etc. Contra la sentencia del juez de primera instancia tiene, el que se siente agraviado por la misma, ciertos recursos para ante un Tribunal Superior, contra la sentencia de este último tiene que recurso ante otro, etc. Pero esta cadena de instancias revisoras tiene, necesariamente, un fin. Si el particular agraviado no intenta los recursos previstos en la ley procesal en el término acordado por la misma o si, intentados dichos recursos, el órgano supremo hasta el cual llega el interesado confirma la sentencia del juez de primera instancia, *esta* queda habilitada o convalidada en forma definitiva (cosa juzgada). También en este caso la validez o invalidez de la *'norma antinormativa'* depende en última instancia de la decisión del órgano, y esta situación, a la que designamos con el nombre de *'habilitación'*, se encuentra prevista y consagrada por el mismo orden positivo.

"Sentencia 'contra ley' formal. Un caso en todo similar al anterior se da cuando la sentencia aparece en violación a la norma que establece la competencia del órgano o el procedimiento fijado para llegar a la misma. Si no se alega en tiempo y forma la incompetencia o no se intentan también en tiempo y forma los recursos previstos por la ley (de nulidad por violación de las formas sustanciales del proceso)

o si, alegada dicha incompetencia o nulidad, es desechada por el juez, por el tribunal y, en última instancia, por el órgano supremo *la sentencia queda habilitada o convalidada* y no existe, en adelante, oportunidad de cuestionar su validez (cosa juzgada).

"Como vemos, la norma de *habilitación* es una alternativa que, a lo largo de la creación graduada del derecho, *permite conferir validez a cualquier norma surgida de la misma cualquiera sea el procedimiento de su creación y el contenido de dicha norma*" (obra citada, págs. 950 y ss.).

Antonio Luiz Machado Neto en su obra Fundamentación Egológica de la Teoría General del Derecho, página 118 nos recuerda: "Otro punto crucial de la hermenéutica tradicional es el de las sentencias contra *legem*. Es verdad que el problema creado por las sentencias contra ley se plantea únicamente en términos de contradicción lógica entre la sentencia y una determinada ley, pero al margen de la noción, hoy predominante, del ordenamiento jurídico. Sobre la base de esta idea estructural de la teoría jurídica, el problema de las sentencias contra *legem* se resuelve por la norma de habilitación de Kelsen y Schreier. Esta es la solución del problema en el plano lógico-formal en que se sitúa la teoría pura. Pero en el plano lógico-trascendental que aquí nos concierne, la teoría egológica dirá que no hay sentencias contra *legem: Sólo hay sentencias que tienen fuerza de convicción o que carecen de ella.* Cuando la ley, como fuente formal, no satisface aquella función de objetivar la valoración judicial del caso, el juez apelará a otras instancias de la intersubjetividad como fuentes materiales que suministren fundamento a su valoración. Que el sistema jerárquico de las instancias confirma o niegue esa sentencia visiblemente renovadora es algo que en el plano lógico-formal se resuelve por los principios básicos del ordenamiento jurídico, tanto el estático-material y el dinámico-formal con el de habilitación y, en el plano lógico trascendental, *por la noción de fuerza de convicción que estudiaremos, más adelante como la específica verdad jurídica.*

"Tanto en los cambios de jurisprudencial, en la desuetudo como en las sentencias contra *legem*, se trata de casos en los que la norma se había transformado en un concepto que no coincidía con la intuición. Esta es la solución egológica. En lo que hace a las doctrinas hermenéuticas de progenie racionalista, en la medida que sostienen que el derecho está en la norma y no en la conducta, se encuentra ante el absurdo de tener que negar los hechos y de tener que 'prohibirlos' 'inútilmente'. Es precisamente bajo la influencia de tales doctrinas que las legislaciones se dan a la tarea inocua de prohibir lo desuetudo y las sentencias contra *legem*".

FRITZ SCHREIER, en su obra "Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho", al hablar de la norma de habilitación, enseña:

"En el ámbito de un ordenamiento jurídico especial puede haber una norma a la que el hecho jurídico de la postulación otorgue, en el caso de una extralimitación del sentido señalado por la norma superior, las mismas consecuencias que hubiera tenido de no existir la extralimitación. Un ministro ordena, por ejemplo, que se dé aviso acerca de las viviendas desocupadas, *a pesar de que ninguna ley le ha facultado para ello; o bien, el juez condena a una persona por el delito de robo, a pesar de que ésta no ha robado,* de tal manera que no juzga con fundamento en la norma superior, que enlaza una pena a aquel delito; ello no obstante, en el primer caso existe la obligación de anunciar la desocupación de las viviendas, y en el segundo la de encarcelar a quien ha sido condenado en forma *'antijurídica'*. A la norma que equipare el hecho de postulación de otra al de una norma válida y considera la postulación nula como si no lo fuera, basándose solamente en la existencia de un hecho exterior, le damos el nombre de *norma de habilitación* (Rechtskraftnorm). *La norma de habilitación implica, en general, lo siguiente: Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación del grado superior, deben producirse las consecuencias jurídicas establecidas por la norma nula. De este modo y mediante un rodeo a través de la norma de habilitación el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido.*

"Hay, pues, que separar con todo cuidado las dos normas: La de grado superior y la de habilitación. La sentencia (habilitada) se halla bajo dos normas distintas. Su significación carece de validez en relación con la norma de grado superior, que sólo quiere aplicar la sentencia; su postulación aparece como hecho jurídico bajo la norma de habilitación que confiere validez a la significación postulada" (Obra citada, págs. 267 y 268).

La filosofía jurídica anterior nos enseña, pues, que cuando la sentencia queda ejecutoriada el *precepto* nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido, como muy bien lo precisa Schreier. Este enfoque filosófico-jurídico fue precisamente el que el legislador no tuvo en cuenta cuando estructuró o tipificó el recurso de anulación. Ahora bien: Si en el mundo jurídico el sentenciador no encuentra ni puede encontrar sentencias ejecutoriadas que violen la Constitución Política y la ley, qué podría hacer como esfuerzo serio y válido para aplicar un precepto jurídico cuyas esencias jurídicas no se dan en la realidad?

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

Agosto 31 de 1989.

PERSONAL DOCENTE / PENSION GRACIA

La Sala no comparte el argumento según el cual la pensión gracia regulada por la Ley 114 de 1913 es de carácter nacional y por ello sí le es aplicable el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, porque aún en el evento de que se considerase dicha pensión del orden nacional, según la ley de facultades extraordinarias (Ley 14 de 1971), la regulación invocada se refería a los docentes al servicio del Ministerio de Educación y no a quienes prestaban sus servicios a los departamentos.
NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna se refiere a la técnica del recurso extraordinario de anulación, y en concreto al denominado error iuris in iudicando.

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

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación R-105. Recurso de anulación interpuesto contra la sentencia de agosto 15 de 1985 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Actor: Ana Beatriz Romero de Solórzano.

Una vez reconstruido el expediente, se resuelve el recurso de anulación interpuesto por la actora contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Corporación, mediante la cual se negaron las pretensiones de su demanda, la que pretendía la declaración de nulidad de la Resolución número 1908 de 9 de abril de 1979 de la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión y del auto de 10 de octubre de 1979 de la Dirección General de dicha entidad, mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a favor del señor Efraín Solórzano Rodríguez y la sustitución de la misma a favor de la actora.

Antecedentes:

La señora Ana Beatriz Romero de Solórzano, mediante apoderado demandó ante esta Corporación la Resolución número 1908 de 9 de abril de 1979, proferida por la Subdirección de Prestaciones Económi-

cas de la Caja Nacional de Previsión y el auto de 10 de octubre de 1979 de la Dirección General de la misma entidad y solicitó el reconocimiento y pago por sustitución de la pensión de jubilación a que tenía derecho su esposo, fallecido a la edad de 51 años 9 meses, cuando llevaba 19 años, 6 meses y 2 días de servicio, como docente en el Departamento de Cundinamarca.

Fundamentó su petición en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, el cual consagra la sustitución pensional a favor de la cónyuge e hijos menores, en caso de muerte de un docente que no haya cumplido la edad requerida, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos 18 años continuos o discontinuos.

Invocó también la Ley 33 de 1973 que le dio a la citada sustitución pensional, el carácter de vitalicia para la cónyuge.

El fallo recurrido:

Mediante la sentencia recurrida, la Sección Segunda de esta Corporación, negó las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

1. Según la Ley 114 de 1913 los docentes de escuela primaria oficial tienen la posibilidad de disfrutar de una pensión de jubilación reconocida por un departamento y al mismo tiempo, de otra reconocida por la Nación, pero para ello deben haber trabajado al servicio del Magisterio *20 años*, continuos o discontinuos y tener 50 años de edad.

2. El Decreto 224 de 1972, invocado en la demanda, no modifica la norma anterior, ya que dicho decreto fue dictado para "establecer estímulos de diversa índole para los docentes dependientes del Ministerio de Educación y no podía establecer excepciones a los requisitos exigidos para la pensión gracia".

3. El Decreto 224 de 1972 sólo se aplica para la pensión de jubilación ordinaria y no, para la pensión a que se refiere la Ley 114 de 1913 que es especial y cuyos requisitos no han sido modificados.

4. En el caso de autos el docente fallecido solamente prestó sus servicios en el Magisterio, en el Departamento de Cundinamarca durante 19 años, 6 meses y 2 días, o sea que no reunía los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión y por tanto no es posible tal reconocimiento y sustitución a su viuda, la actora.

El recurso de anulación:

El señor apoderado de la actora, interpuso el recurso de anulación contra la anterior providencia y afirma que viola de manera directa el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, "en relación con los artículos 1º

de la Ley 114 de 1913, 1º parágrafo 2º de la Ley 33 de 1973 y 1º de la Ley 4ª de 1976".

Considera que el citado artículo 7º del Decreto 224 de 1972 fue erróneamente interpretado por cuanto dicha norma no establece ninguna distinción para su aplicación, respecto del tipo de pensión y si la norma no distingue, el intérprete no puede hacerlo.

Agrega que ese artículo 7º del Decreto 224 de 1972 no pretendía modificar los requisitos exigidos por la ley para tener derecho a la pensión, ya que lo que establece es una "...prestación especial con características de sustitución pensional...".

Concepto fiscal:

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación, en su concepto de fondo considera que el recurso de anulación "...que nos ocupa debe prosperar...".

Con base en algunas jurisprudencias afirma que la pensión a que se refiere la Ley 114 de 1913 es de carácter nacional y por ello, sí le es aplicable el artículo 7º del Decreto 224 de 1972. Y como la providencia recurrida desconoció tal situación, el recurso debe prosperar.

Consideraciones de la Sala:

El artículo 7º del Decreto 224 de 1972 dice textualmente:

"*Artículo 7º:* En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos dieciocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años".

La norma transcrita fue expedida con base en la Ley 14 de 1971, mediante la cual se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para "...reajustar asignaciones y fijar estímulos al profesorado *dependiente del Ministerio de Educación*" (Se subraya).

De la lectura cuidadosa de todo el articulado del Decreto 224 de 1972, se observa que el legislador extraordinario ejerció las facultades a él conferidas, de acuerdo con los límites fijados por la ley y por ello se refiere a los docentes "...*dependientes del Ministerio de Edu-*

cación", para regular sus asignaciones y crearles estímulos. Lo previsto en el citado artículo 7º, para que en caso de muerte de un docente, que aún no hubiere cumplido la edad, pero que hubiera trabajado 18 años, a su cónyuge e hijos menores le fuere reconocida una pensión del 75% del salario, por él devengado, necesariamente ha de referirse a los docentes *dependientes del Ministerio de Educación* y no a los que prestan sus servicios a los departamentos. Dicha norma no podía referirse a la pensión regulada por la Ley 114 de 1913, toda vez que dicha pensión se reconoce es a quien haya prestado sus servicios *a un departamento* cuando haya cumplido los requisitos allí previstos, como son 20 años de servicios y 55 años de edad.

En el caso de autos, el docente había prestado sus servicios al Departamento de Cundinamarca durante 19 años, 6 meses y 2 días y murió cuando tenía 51 años, 9 meses, pero nunca prestó sus servicios al Ministerio de Educación y por ello, como lo dijo la Sección Segunda de la Corporación, en la providencia recurrida, la actora no tenía derecho a que se le reconociera, a título de sustitución, una pensión que no se causó para el docente fallecido.

La Sala no comparte el argumento propuesto por el señor representante del Ministerio Público cuando afirma que la pensión gracia regulada por la Ley 114 de 1913 es de carácter nacional y por ello sí le es aplicable el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, por cuanto aún en el evento de que se considerase dicha pensión del orden nacional, *de acuerdo con la ley de facultades extraordinarias*, la regulación invocada, se refería a los docentes al servicio del Ministerio de Educación y no a quienes prestaban sus servicios a los departamentos.

El mismo argumento es válido para responder la afirmación de que en virtud de la nacionalización de la educación es aplicable el citado artículo 7º del Decreto 224 de 1972 a las pensiones previstas en la Ley 114 de 1913.

La jurisprudencia citada por el señor Fiscal 4º (expediente 2176, Ponente doctor Joaquín Vanín y sentencia de 12 de septiembre de 1975 Ponente doctor Eduardo Aguilar), se refiere a la aplicación del Decreto 224 de 1972 a una pensión ya causada y reconocida, para efectos de establecer la vigencia de su sustitución, caso diferente al presente.

La sentencia recurrida interpretó adecuadamente el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 ya que sus previsiones hacen referencia al fallecimiento del docente al servicio del Ministerio de Educación Nacional y no al de quienes prestaron sus servicios a un departamento y por ello el recurso no puede prosperar.

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

Falla:

No prospera el recurso interpuesto.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente a la Sección de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja,* ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado,* ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro, Luis Fernando Gómez Duque,* Conjuez, ausente; *Miguel González Rodríguez,* con aclaración de voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna,* con aclaración de voto; *Carmelo Martínez Conn,* ausente; *Jorge Penen Deltieure, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta,* ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

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

Referencia: Radicación R-105. Recurso de anulación contra la sentencia de agosto 15 de 1985 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Actor: Ana Beatriz Romero de Solórzano.

El artículo 7º del Decreto-ley 224 de 1972, en cuanto estableció el derecho pensional para los profesores de *planteles oficiales,* que al momento de su fallecimiento, acrediten, por lo menos, 18 años continuos o discontinuos, para efectos de su transmisión a su cónyuge e hijos menores, debía aplicarse al caso controvertido, pues no distinguió entre planteles oficiales nacionales, departamentales, municipales, etc., a menos que el juez aplicara la excepción de inconstitucionalidad, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, por quebrantar lo dispuesto en el artículo 76-12 de la misma, en concordancia con la atribución 2ª del artículo 120 de la Carta, por no haber ejercido las facultades delegadas por el Congreso dentro de los parámetros que fijó la ley, cuestión que no se hace en la sentencia, prefiriéndose interpretar el tenor literal de la norma de acuerdo con la ley de facultades, lo que no me parece de recibo.

Por lo demás, me parece que el señor Fiscal del Consejo de Estado pudiendo tener razón, cuando sostiene que la pensión consagrada en la Ley 114 de 1913, es una prestación social nacional —si se quiere graciosa—, aun cuando por servicios prestados en la educación primaria —a cargo de la Nación—, y el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, aceptando en gracia de discusión el planteamiento de la mayoría de la Corporación, debe aplicarse a prestaciones del orden nacional, más si se tiene en cuenta, por otra parte, que no existe una regulación especial —no la puede haber— para los que, prestando sus servicios a departamentos, municipios, etc., causen en su favor un derecho pensional. En otras palabras, la ley que consagra el derecho pensional por jubilación o por invalidez, es igual, idéntica para todos los servidores públicos, sean ellos de cualquier orden: A quien tenga 20 o más años de servicio —en este caso especial 18 años— y 50 ó 55 años de edad, se les debe reconocer la prestación.

Fueron esas las razones, que me indujeron a aclarar el voto al adoptarse la decisión en la sentencia de 12 de los corrientes.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

En la sentencia de doce (12) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) considerada y aprobada en sesión de la mencionada fecha para resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la actora Ana Beatriz Romero de Solórzano, contra el fallo de quince (15) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985), proferido por la Sección Segunda de esta Sala de lo Contencioso Administrativo.

Radicación número R-105.

La única discrepancia que, con todo respeto, tiene el suscrito consejero hacia la providencia adoptada por la Sala Plena en este asunto, estriba en las consideraciones de orden fáctico que se aluden, quizá para dar mayor énfasis al razonamiento acerca del porqué carece de éxito el cargo esgrimido por el recurrente, o sea, la invocada violación directa del artículo 7º del Decreto 224 de 1972 "en relación con los artículos 1º de la Ley 114 de 1913, 1º, parágrafo 2º, de la Ley 4ª de 1976".

Porque, como es sabido, la corporación, interpretando los alcances del artículo 197 del C. C. A., ha visto en la causal única de anulación extraordinaria de sentencias ejecutoriadas, una gran similitud con la que, para el caso de la casación en lo civil, establece el numeral 1 del artículo 368 del C. de P. C., es decir, aquella que los procesalistas han denominado *error iuris in iudicando,* por oposición a la llamada por *error facti in iudicando.* Por lo tanto, al estudiarla con la finalidad de examinar si en el fallo recurrido, en verdad hubo violación de la Constitución Política o de norma sustantiva "por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea", ha de prescindirse de cualquier mención de cuestiones de hecho, debiéndose limitar al juzgador de la sentencia al análisis del aspecto jurídico.

Sólo en el evento de que se concluya que hubo yerro "por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea", o, en otras palabras, si prospera el recurso, podráse entrar en consideraciones fácticas, probatorias y adjetivas, con el objeto de dictar la sentencia de instancia que sustituiría la anulada.

Fuera de lo anotado, el suscrito está perfectamente concorde respecto a las motivaciones del proveído.

Muy cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

Bogotá, 21 de septiembre de 1989.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION / FALLO INHIBITORIO - Improcedencia

Habiendo sido inhibitorio el fallo recurrido, no pudo incurrir en interpretación errónea de las normas sustantivas invocadas, y por tanto no se da la violación directa de la Constitución o de la ley, exigida para que el recurso prospere.

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

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número R-043. Reconstrucción recurso de anulación. Actor: Roberto Echeverri Grisales.

El señor Roberto Echeverri Grisales interpuso mediante apoderado, recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 23 de noviembre de 1984, proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el proceso número 10325.

Destruido el expediente en el incendio del Palacio de Justicia, fue reconstruido mediante auto de 26 de enero de 1987 y tramitado en legal forma el recurso extraordinario de anulación.

Antecedentes:

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, el señor Roberto Echeverri Grisales solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones 2241 y 2449 de 1980, expedidas por la Junta Distrital de Hacienda, mediante las cuales el Distrito Especial de Bogotá se negó a aceptar la exención del impuesto nacional de espectáculos públicos, para las presentaciones del ballet sobre hielo "Holiday on Ice".

El recurrente hace un resumen de los hechos así:

"1º Por medio de la Resolución 000218 de 1979, la Dirección General de Impuestos Nacionales reconoció la exención

del Impuesto de Espectáculos, de la Ley 33 de 1968, al Ballet sobre Hielo 'Holiday on Ice'.

"2º El señor Roberto Echeverri G. solicitó a la Junta Distrital de Hacienda la aceptación de la exención, presentando el reconocimiento de la Dirección General de Impuestos, y el concepto favorable de Colcultura sobre la calidad del espectáculo, pero el ente municipal se negó a admitir el derecho que a la exoneración tiene Holiday on Ice, en la Resolución 2241 de 1980.

"3º Interpuesto el recurso de reposición, el Distrito confirmó su negativa en la Resolución 2449 de 1980, quedando así agotada la vía gubernativa.

"4º El señor Roberto Echeverri G. demandó ante el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca las dos resoluciones de la Junta, por ilegales y falta de competencia de la entidad, las cuales fueron anuladas en el fallo del proceso número 1681".

La sentencia recurrida:

El fallo del tribunal vino en apelación al Consejo de Estado y la Sección Cuarta mediante sentencia de 23 de noviembre de 1984 lo revocó por considerar que no había lugar a pronunciamiento de fondo dado que el demandante no demostró su legitimación para actuar.

Cargos formulados:

Ni en el primero ni en el segundo se indican en forma clara y precisa las disposiciones constitucionales o legales supuestamente infringidas en forma directa por la sentencia proferida por la Sección Cuarta.

Se hace sí un recuento de los hechos y se dan explicaciones de por qué el señor Roberto Echeverri Grisales actuaba unas veces como representante de Intercambios Culturales Limitada y otras a nombre propio.

Anota el señor apoderado del recurrente que la exención del impuesto a espectáculos públicos se otorga a los artistas, conjuntos o compañías, y no a los empresarios; que la exención la confiere el Congreso Nacional por medio de leyes y que si no se exigen requisitos, el espectáculo la obtiene "por virtud de la ley", tal como sucede con el impuesto llamado de Coldeportes, exención concedida por el artículo 75 de la Ley 2ª de 1976, que no necesita reconocimiento de la Dirección General de Impuestos.

Que en cuanto al de espectáculos, cualquier ciudadano que presente certificación de Colcultura sobre la calidad del espectáculo y los datos sobre el artista, conjunto o compañía a que se refiere, podrá obtener una resolución en que se declare que las presentaciones estarán exentas del impuesto nacional de la Ley 33 de 1968 siempre y cuando las exhibiciones cumplan con las condiciones exigidas en las disposiciones.

Que el fallo de 23 de noviembre de 1984 hizo una interpretación equivocada de la Ley 60 de 1944 y de los Decretos reglamentarios 606 de de 1945 y 057 de 1969, violando así normas sustantivas, privando al recurrente del derecho de defensa ante las ilegales decisiones de la Junta Distrital de Hacienda, y violando así en forma indudable los artículos 67 de la Ley 167 de 1941 y el 85 del C. C. A.

El concepto fiscal:

La doctora Fiscal Sexta del Consejo de Estado estima que aun cuando se trata de una sentencia inhibitoria, es procedente el recurso, toda vez que por razón de la inhibición resultan violadas por falta de aplicación, normas de la Constitución Nacional o leyes sustanciales que si el juez hubiera conocido de fondo, hubiera tenido que aplicar.

Analiza luego los cargos consistentes en violación de los artículos 67 de la Ley 167 de 1941, 85 del C. C. A.; violación de la Ley 60 de 1944 y de los Decretos reglamentarios 606 de 1945 y 057 de 1969 y los desestima; el primero, porque se dirige hacia la apreciación de las pruebas obrantes en el proceso por parte del sentenciador, y el segundo, porque debido a la falta de legitimación en causa del demandante, esa ley y esos decretos ni siquiera fueron mencionados, razón por la cual no cabe hablar de interpretación errónea.

Por lo anterior concluye solicitando se denieguen las pretensiones del recurrente.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

Consideraciones:

Según jurisprudencia constante del Consejo de Estado, para que prospere un recurso extraordinario de anulación es necesario que la sentencia acusada haya infringido en forma directa y sin intermediación ninguna, disposiciones constitucionales o legales, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por errónea interpretación.

Ello excluye cualquier análisis probatorio, lo mismo que el examen de normas que no tengan el carácter de ley sustantiva o rango constitucional.

Y precisamente por eso, se ha sostenido también que frente a un fallo inhibitorio, en principio, el recurso extraordinario de anulación no está llamado a prosperar.

Si el fallo inhibitorio se profiere como en el caso presente por falta de legitimación en causa, para esclarecer si el demandante estaba legitimado para actuar habría que tener en cuenta pruebas como las que anexó el recurrente a su alegato (fls. 257 a 278).

La demostración de su legítimo interés ha debido hacerla durante las instancias y no a través del recurso extraordinario propuesto.

Finalmente cabe anotar, que habiendo sido inhibitorio el fallo recurrido, no pudo incurrir en interpretación errónea de las normas sustantivas invocadas, y por tanto no se da la violación directa de la Constitución o de la ley, exigida para que el recurso prospere.

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

Falla:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el señor Roberto Echeverri Grisales contra la sentencia de 23 de noviembre de 1984, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el proceso número 10.325.

No hay lugar a condenar en costas y perjuicios por no haberse causado. En consecuencia, cancélese la caución otorgada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Despacho de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Antonio José de Irisarri Restrepo, Reynaldo Arciniegas Baedecker, ausente; *Jaime Abella Zárate,* ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Benavides Melo,* ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Jorge Penen Deltieure, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta,* aclara voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RAMO DE DEFENSA / PERSONAL CIVIL / RENUNCIA - Régimen aplicable.

Observando el mandato contenido en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, hizo bien el tribunal en dar aplicación al artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 para establecer si la renuncia presentada había sido regularmente aceptada como lo exige el artículo 22 del Decreto 610 de 1977 para que se produzca el retiro del servicio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., seis de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente número 2774. Recurso de anulación. Actora: Mariela Fula Bravo.

La Nación —Ministerio de Defensa Nacional— mediante apoderado interpone recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 24 de septiembre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Antecedentes:

La señora Mariela Fula Bravo presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendiente a que se anularan dos actos administrativos mediante los cuales se le aceptó la renuncia por ella presentada, y como consecuencia se dispusiera su reintegro al cargo y el pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar.

Ante el tribunal se adujeron estos hechos:

La señorita Fula Bravo fue nombrada en el cargo de especialista cuatro dentro de la planta de personal civil de las Fuerzas Militares, tomó posesión del cargo el 28 de julio de 1981 y ejerció sus funciones hasta el 16 de febrero de 1983.

Durante el año de 1982 quedó en estado de embarazo y por tal razón sus superiores empezaron a presionarla para que presentara renuncia.

A causa de las presiones, mediante carta enviada al Comandante del Ejército el 13 de julio de 1982 presentó renuncia manifestando su deseo de retirarse a partir de 31 de diciembre de 1982.

La carta de renuncia fue dejada sin respuesta hasta el 12 de enero de 1983, fecha en la cual el Director de los Liceos del Ejército envió al Comando un oficio apoyando la referida renuncia y recomendando el retiro a partir de 31 de diciembre de 1982, es decir, en la forma solicitada.

Con base en tal recomendación se produjo la orden administrativa de personal 1-012 de 16 de febrero de 1983, que aceptó la renuncia con efectos fiscales al 1º de enero de ese año.

La sentencia recurrida:

El tribunal ante el vacío legal que presenta el Decreto 610 de 1977 en cuanto a reglamentación de las formas de separación del servicio y concretamente cuando tal separación se produce por renuncia, dando aplicación al artículo 9º (sic) de la Ley 153 de 1987 acudió a los artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 y siguientes del reglamentario 1950 de 1973, a la luz de los cuales concluyó en la anulación de la orden administrativa de personal número 1-012 de 12 de enero de 1983 (sic) y ordenó el reintegro de la actora al cargo que ocupaba y el pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar, por haber sido aceptada la renuncia después de 30 días de su presentación.

Cargos formulados:

La doctora apoderada de la Nación —Ministerio de Defensa—, formula los siguientes:

Primero. Violación de los artículos 27 y 64 del Decreto 2400 de 1968, por indebida aplicación.

Segundo. Violación directa del artículo 113 del Decreto reglamentario 1950 de 1973.

Tercero. Violación directa del artículo 1º del Decreto 610 de 1977, por falta de aplicación.

Cuarto. Violación directa del artículo 22 del Decreto 610 de 1977, por falta de aplicación.

Para fundamentar tales cargos aduce que a pesar de lo ordenado en el artículo 64 del Decreto 2400 de 1968, en el sentido de que las disposiciones de tal decreto no se aplican al personal del Ministerio de Defensa, la sentencia impugnada se fundamentó en el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 y en el 113 del 1950 de 1973, reglamentario del

anterior, para llenar el vacío de la norma especial, desconociendo la calidad de empleada civil del ramo de defensa que ostentaba la actora.

Que la sentencia no dio aplicación al artículo 1º del Decreto 610 de 1977 en cuanto dispone que ese estatuto rige la relación laboral de los empleados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y resolvió el caso a la luz de normas improcedentes, sin caer en cuenta que el artículo 22 del Decreto 610 de 1977 contempla el retiro del servicio por renuncia regularmente aceptada, sin límite de tiempo para la aceptación.

El concepto fiscal:

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación estima que el recurso no tiene vocación de prosperidad, porque:

> "1º Se desarrolla el concepto de la violación como un alegato de instancia apoyado en consideraciones de índole fáctica y probatoria; y,
>
> "2º Se omite el requisito de expresar la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutiva, como lo exige el artículo 199-3 del C. C. A.".

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

Consideraciones:

Sabido es que para obtener la anulación de una sentencia por vía **del recurso extraordinario** consagrado en los artículos 194 y siguientes del C. C. A. es necesario que ésta infrinja en forma directa y sin intermediación ninguna, disposiciones constitucionales o legales de carácter **sustantivo.**

Lo anterior excluye el análisis de pruebas y de normas de rango inferior o de carácter procedimental.

Por tanto no es del caso la confrontación del fallo recurrido con el Decreto reglamentario 1950 de 1973.

Y en cuanto a las disposiciones de los Decretos 2400 de 1968 y 610 de 1977 que se citan en la demanda se tiene lo siguiente:

Ciertamente el Decreto 2400 de 1968, que regula la administración de personal civil de la Rama Ejecutiva del Poder Público, no es aplicable al personal civil del ramo de Defensa.

Sin embargo, el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 autoriza en ausencia de ley exactamente aplicable al caso controvertido, acudir a las que regulen casos o materias semejantes, o a las reglas generales.

Es obvio que si existe regla de carácter especial ésta será de preferente aplicación y excluirá las generales. Es lo que sucede con el Decreto 2400 de 1968.

Pero ocurre que el 610 presenta un vacío en cuanto al régimen de causales de retiro del servicio y concretamente en lo que se refiere a la aceptación de renuncias, a pesar de disponer en su artículo 22 que el retiro del servicio se produce "...por renuncia regularmente aceptada...".

¿Y cuándo es regular la aceptación de una renuncia? Cuando se ajusta a las prescripciones legales sobre esa materia, prescripciones que omitió el Decreto 610 de 1977, pero que el 2400 de 1968 establece para la generalidad de los empleados civiles de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

De manera pues, que observando el mandato contenido en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, hizo bien el Tribunal en dar aplicación al artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 para establecer si la renuncia presentada por la señorita Mariela Fula Bravo había sido "regularmente aceptada", como lo exige el artículo 22 del Decreto 610 de 1977 para que se produzca el retiro del servicio.

Sólo en presencia de norma especial reguladora de esa materia y contenida en el Decreto 610 de 1977, hubiera resultado el fallo del Tribunal violatorio de los artículos 64 y 27 del Decreto 2400 de 1968 y del 1º y el 22 del Decreto 610 de 1977, por los conceptos de aplicación indebida, en un caso y falta de aplicación en el otro.

Ahora bien: si se dio o no un entendimiento acertado al artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 por parte del Tribunal al aplicarlo a la situación controvertida, es cuestión no planteada en el recurso y que exigiría el análisis de presupuestos fácticos, lo cual no es permitido en un recurso extraordinario de anulación.

De lo expuesto se deduce que no se configura en el presente caso la violación directa de las disposiciones invocadas por la recurrente y por tanto el recurso extraordinario no está llamado a prosperar.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Segunda—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Nación —Ministerio de Defensa— contra la sentencia de 24 de septiembre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso iniciado por Mariela Fula Bravo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, con salvamento de voto; *Clara Forero de Castro.*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

RAMO DE DEFENSA / PERSONAL CIVIL / RENUNCIA - Régimen aplicable (Salvamento de voto)

La aplicación analógica de las normas, prevista en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, es viable siempre y cuando no exista disposición legal que haya establecido la inaplicabilidad de un ordenamiento jurídico, tal como lo señaló en forma expresa el artículo 64 del Decreto 2400 de 1968.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 2774. R. Anulación. Actora: Mariela Fula Bravo.

Con todo respeto, expreso a continuación las razones que tuve para salvar el voto en relación con la sentencia que antecede.

1ª A mi juicio, el recurso de anulación ha debido prosperar por el primero, tercero o cuarto cargos formulados:

a) El primer cargo, en el que se acusa la sentencia impugnada de haber hecho caso omiso del artículo 64 del Decreto extraordinario 2400 de 1968, ha debido prosperar, en la medida en que es evidente que el sentenciador aplicó el referido decreto, pese al expreso mandato del citado artículo 64 según el cual se exceptúa "de las disposiciones del presente decreto la administración del personal civil del ramo de Defensa, el cual se regirá por normas especiales".

Se expresa en la sentencia del Consejo que "ciertamente el Decreto 2400 de 1968, que regula la administración de personal civil de la Rama Ejecutiva del Poder Público, no es aplicable al personal civil del ramo de Defensa".

Sin embargo, el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 autoriza en ausencia de ley exactamente aplicable al caso controvertido, acudir a las que regulen casos o materias semejantes, o a las reglas generales.

Es obvio que si existe regla de carácter especial ésta será de preferente aplicación y excluirá las generales. Es lo que sucede con el Decreto 2400 de 1968.

Pero ocurre que el 610 presenta un vacío en cuanto al régimen de causales, de retiro del servicio y concretamente en lo que se refiere a la aceptación de renuncias, a pesar de disponer en su artículo 22 que el retiro del servicio se produce "...por renuncia regularmente aceptada...".

¿Y cuándo es regular la aceptación de una renuncia? Cuando se ajusta a las prescripciones legales sobre esa materia, "prescripciones que omitió el Decreto 610 de 1977, pero que el 2400 de 1968 establece para la generalidad de los empleados civiles de la Rama Ejecutiva del Poder Público".

Empero, a mi juicio la aplicación analógica de las normas, prevista en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, es viable siempre y cuando no exista disposición legal que, como en el presente caso, haya establecido la inaplicabilidad de un ordenamiento jurídico, tal como lo señaló en forma expresa el ya citado artículo 64 del Decreto 2400. Así las cosas, si era necesario acudir analógicamente a normas diferentes a las que regulan la administración del personal civil del ramo de Defensa, Decreto extraodinario 610 de 1977, debió aplicarse disposición diferente a las contenidas en el Decreto 2400.

No está por demás anotar que así el Decreto 610 se haya limitado a señalar como causal de retiro del servicio la "...renuncia regularmente aceptada", sin que haya precisado cuándo es regular la aceptación de la renuncia, tal circunstancia no significa que indefectiblemente deba acudirse por analogía a la regulación que sobre el particular contengan otros estatutos legales. A manera de ejemplo, sin necesidad de la aplicación analógica se puede establecer que no hay "renuncia regularmente aceptada", cuando el acto de aceptación ha sido proferido por funcionario incompetente; es suficiente el examen de la norma que en la entidad asigna la competencia para tomar este tipo de decisiones;

b) El segundo cargo, debió negarse por otras razones, consistentes en que la norma reglamentaria presuntamente quebrantada no era necesaria para el entendimiento de la ley reglamentada y no por ser simplemente reglamentaria, en armonía con lo expresado por la Sala Plena Contencioso Administrativa, en su primer fallo sobre un recurso extraordinario de anulación (*Anales*, primer semestre de 1985, pág. 924);

c) El tercer cargo formulado por la violación directa, por falta de aplicación, del artículo 1º del Decreto extraordinario 610 de 1977, debió decidirse positivamente en razón de que, partiéndose del supuesto no discutido de que la demandante era una funcionaria civil del ramo de Defensa, debió aplicarse, entonces, dicho estatuto por ser el pertinente y la sentencia impugnada no lo hizo;

d) Igualmente, el cuarto cargo que se refiere concretamente a la inaplicación del artículo 22 del Decreto extraordinario 610 de 1977, debió prosperar, pues la sentencia atacada en lugar de hacerle producir sus efectos a dicha norma que gobierna el presente caso, no lo hizo, pues aplicó normas que como ya se vio, resultaban impertinentes.

Joaquín Barreto Ruiz

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos

Se nota en el fallo recurrido que el artículo 3º del Decreto 252 de 1980 fue declarado nulo por la Corporación el 23 de noviembre de 1984, y que las decisiones tomadas durante la vigencia del acto anulado son válidas y obligatorias como en el caso del acto acusado.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Técnica

A través del recurso extraordinario de anulación no se hace ninguna relación sobre dicha violación directa, pues lo alegado en el recurso se remite a la demanda, puntos expuestos en ésta que no fueron aceptados en el fallo, siendo que éste según la técnica procesal, enfrenta objetivamente los términos de ésta con la norma constitucional o legal para deducir si dejó de aplicar la norma, o le dio aplicación indebida, o fue erróneamente interpretada (únicas formas de violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva), aspectos estos que se presentan en su orden, cuando el error del fallador recae sobre la existencia de la norma (se ignora que exista y, en consecuencia no se aplica al caso regulado por ella), cuando es erróneo el escogimiento de la norma aplicada (no adecuarse ésta al caso concreto), y, cuando se aplica la norma pertinente pero equivocadamente (porque se da al supuesto de hecho o a la consecuencia jurídica un sentido distinto del que tiene).

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA / SOBERANIA MONETARIA / REGLAMENTOS CONSTITUCIONALES / INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA / POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA

En la sentencia recurrida se afirmó que el Ejecutivo, al igual que el legislativo, tiene competencia constitucional para establecer delitos y penas correctivas en materias como la económica, de salud pública, de tranquilidad y de seguridad pública, en cuanto no invada otras áreas limítrofes y conexas reservadas a la acción del legislador, tales como las relativas a las materias aludidas por el artículo 120-14 de la Carta. Con ello se va en contra de lo que expresara la Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre 14 de 1973, en donde se

llegó a la conclusión de que todo lo relacionado con la moneda es materia de la exclusiva competencia del Congreso, que no puede ejercer el Presidente de la República ni siquiera en ejercicio del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Bogotá, D. E., veintiocho de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número A-051. Demandante: Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda "DAVIVIENDA".

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resuelve el recurso extraordinario de anulación, propuesto por el representante judicial de la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda DAVIVIENDA, contra la sentencia proferida el 24 de julio de 1987 por la Sección Cuarta de esta Corporación, dentro del proceso relativo a la acción de restablecimiento del derecho, con fundamento en la anulación de la Resolución número 0558 de 1981 (9 de febrero), proferida por la Superintendencia Bancaria.

Antecedentes:

1. La Superintendencia Bancaria, mediante la resolución anteriormente mencionada, impuso a DAVIVIENDA una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional por la suma de $ 420.151.000.00, moneda corriente, "por razón de la deficiencia de encaje a que se refiere la parte motiva de esta providencia"; y se adujo para dicha determinación lo preceptuado en el artículo 7º del Decreto 1298 de 1980 y en los artículos 1º y 3º del Decreto 252 de ese mismo año.

2. Enjuiciada la resolución anterior ante la Sección Cuarta del Consejo de Estado a través de la acción de restablecimiento del derecho se denegaron, como se dijo, las súplicas de la demanda por sentencia de 24 de julio de 1987.

Cargos contra la sentencia:

Manifiesta el recurrente que la Superintendencia Bancaria fundamentó la resolución sancionatoria, que fuera acusada, en lo dispuesto por el citado artículo 3º del Decreto 252 de 1980, artículo éste que, según su criterio, violaba normas legales y constitucionales, y que por ende los cargos contra dicha resolución, "los cuales quedaron puntualizados en el libelo de demanda y ahora *reitero,* proceden contra la

sentencia que por la presente impugno". Agrega que el Ejecutivo carecía de capacidad constitucional para instituir sanciones, pues extralimitaba sus facultades, y "en la sentencia se afirma que no obstante ser inconstitucional el artículo 3º del Decreto 252 de 1980, como no había sido declarada inconstitucional al momento de imponer la Superintendencia la sanción a DAVIVIENDA, tal acto administrativo era válido" y que "existe en Derecho, un principio que por elemental no deja de tener gran vigencia en el sentido de que lo consecuente sigue la suerte de su antecedente" aplicable al caso *sub lite* en toda su magnitud. Sostiene que la declaratoria de nulidad del comentado artículo 3º tiene "verdadero efecto de indulto respecto de los actos sancionados bajo su imperio" y "produce efectos tanto respecto de hechos futuros similares a los que regía como respecto de hechos ejecutados con anterioridad pero aún no juzgados ni fallados".

En consecuencia, "las argumentaciones que se pretenden esgrimir en contra para sustentar la negativa de mis peticiones consignadas en el *libelo de demanda*, definitivamente resultarán inocuas, so pena de caer en una indiscutible violación del principio establecido en el artículo 26 de la Constitución Política y en el 6º del Código Penal". Es preciso entonces —continúa— echar mano de la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado de 26 de agosto de 1983 de la cual se vierten algunos apartes y termina la sociedad recurrente expresando lo siguiente:

> "Un hecho que en mi sentir es preciso relievar, es el de que la Resolución 0558 de 1981 de la Superintendencia Bancaria, aún no ha quedado ejecutoriada, debido a que sus efectos están suspendidos por los recursos que contra ella se han interpuesto, tales como el de reposición para agotar la vía gubernativa, la acción de nulidad y ahora el presente recurso, razones que nos deben llevar a la lógica y justa conclusión que la declaratoria de nulidad del artículo 3º del Decreto 252 de 1980 al producir efectos *exnunc*, cobijará mi pretensión".

Consideraciones de la Sala:

El Superintendente Bancario sancionó a la actora con base en el artículo 3º del Decreto 252 de 1980, cuyo tenor es:

> "Por los defectos diarios de encaje legal en que incurre una corporación de ahorro y vivienda el Superintendente Bancario aplicará una sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional sobre tales defectos, equivalente al 2½% sobre el total de los días hábiles del respectivo mes".

Considera el actor que el acto acusado, al poner en ejercicio esa facultad sancionatoria otorgada por el Ejecutivo violó los artículos 2º,

20, 23, 26, 28, 32, 55 y 76 de la Constitución Nacional, literal i) del artículo 63 del Acto legislativo número 1 de 1979 y el artículo 1º del Código Penal.

Se nota en el fallo recurrido que el artículo 3º del Decreto 252 de 1980 fue declarado nulo por esta Corporación el 23 de noviembre de 1984, y que las decisiones tomadas durante la vigencia del acto anulado son válidas y obligatorias como en el caso de la Resolución 0558 de 1981 (acto acusado).

Así las cosas, observa la Sala que las consideraciones efectuadas en el fallo recurrido no fueron compartidas por el demandante y, por ende, a través del presente recurso, "reitera" los cargos de ilegalidad e inconstitucionalidad que planteó en ejercicio de la acción; es decir, insiste el ahora recurrente en el *hecho* de que la suerte del artículo 3º del Decreto 252 de 1980 (nulidad) debe aplicarse al acto demandado (Resolución 0558 de 1981), puesto que argumentaciones contrarias "resultarán inocuas, so pena de caer en una indiscutible violación del principio establecido en el artículo 26 de la Constitución Política y en el 6º del Código Penal", fuera de destacar que el acto demandado aún no ha quedado ejecutoriado.

Significa lo anterior que los cargos contra la sentencia no hacen siquiera alusión a la causal de anulación consagrada en el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, que reza:

> "*Artículo 197*. Causal de anulación. Podrá anularse una sentencia por violación *directa* de la Constitución Política o de la ley *sustantiva*".

En el caso planteado a la Sala, a través del presente recurso extraordinario de anulación, no se hace ninguna relación sobre dicha violación directa, pues lo alegado en el recurso se remite a la demanda, puntos expuestos en ésta que no fueron aceptados en el fallo, siendo que éste según la técnica procesal, enfrenta objetivamente los términos de ésta con la norma constitucional o legal para deducir si dejó de aplicar la norma, o le dio aplicación indebida, o fue erróneamente interpretada (únicas formas de violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva), aspectos éstos que se presentan, en su orden, cuando el error del fallador recae sobre la existencia de la norma (se ignora que exista y, en consecuencia no se aplica al caso regulado por ella), cuando es erróneo el escogimiento de la norma aplicada (no adecuarse ésta al caso concreto), y, cuando se aplica la norma pertinente pero equivocadamente (porque se da al supuesto de hecho o a la consecuencia jurídica un sentido distinto del que tiene).

Es obvio, en consecuencia, que lo planteado en el aludido recurso no se adecúa a los aspectos que lo sustentan, pues, es bien sabido, se trata de un recurso con características y requisitos especiales que deben cumplirse estrictamente; de ahí que el señor Fiscal Tercero de

esta Corporación, al emitir su concepto sobre este aspecto, diga que debe ser desechado puesto que el recurrente "simplemente se limita a comentar los planteamientos que expuso en la demanda y algunas de las consideraciones de la sentencia sin precisar, como ya se dijo, si hubo violación directa de una norma constitucional o legal sustantiva y qué modalidad presenta tal violación".

Además de que en ninguna parte de la demanda de anulación se indica la incidencia "de la violación de la norma legal en la parte resolutiva" (art. 199, numeral 3º del C. C. A.).

Estima la Sala que no es menester efectuar otras consideraciones para fallar en el presente asunto, en el sentido de negar la prosperidad del recurso interpuesto.

Por lo dicho, 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, de acuerdo con el Ministerio Público,

Falla:

Primero. *No anular* la sentencia proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, el 24 de julio de 1987, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda promovida por la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda DAVIVIENDA, contra la Resolución número 0558 de 9 de febrero de 1981 proferida por la Superintendencia Bancaria.

Segundo. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 205 del Código Contencioso Administrativo, *condénase* al recurrente al pago de costas y perjuicios que se liquidarán mediante incidente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha.

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto de los doctores De Greiff Restrepo, González Rodríguez y Londoño Cardona hace referencia a que "como en la parte motiva de la sentencia se hace mención a algunos apartes de la providencia recurrida que los suscritos no compartimos...".

Antonio José de Irisarri Restrepo, ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* ausente; *Jaime Abella Zárate,* ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja,* ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Chahín Lizcano,* con aclaración de voto; *Gustavo de Greiff Restrepo,* con aclaración

de voto; *Miguel González Rodríguez,* con aclaración de voto; *Clara Forero de Castro, Amado Gutiérrez Velásquez, María Teresa Garcés,* Conjuez; *Euclides Londoño Cardona,* con aclaración de voto; *Carmelo Martínez Conn,* ausente; *Jorge Penen Deltieure, Consuelo Sarria Olcos,* ausente; *Julio César Uribe Acosta,* ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria.

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos / RETROACTIVIDAD (Aclaración de voto)

Los efectos de la sentencia no sólo son absolutos sino igualmente de carácter retroactivo, es decir que las cosas, por virtud de la declaratoria de nulidad, vuelven al pasado, como si nada hubiera pasado.

Referencia: Expediente número A.051. Actor: DAVIVIENDA.

Los suscritos Consejeros de Estado compartimos la decisión adoptada por la Sala, en cuanto por ella se decide no anular la sentencia proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, con fecha 24 de julio de 1987, en consideración a que realmente el señor apoderado de la recurrente, en su escrito por medio del cual ejercita el recurso extraordinario de anulación que consagraba la ley procesal vigente en ese entonces y que parece más un alegato de instancia, no precisó la violación directa de la norma constitucional o legal en que se incurrió en la precitada sentencia y su incidencia en la parte resolutiva de la misma.

Empero, como en la parte motiva de la sentencia se hace mención a algunos apartes de la providencia recurrida que los suscritos no compartimos, estimamos necesario hacer las siguientes precisiones:

1ª El artículo 3º del Decreto ejecutivo número 252 de 1980, con fundamento en el cual se sancionó a la demandante por los defectos de encaje legal en que incurrió durante determinado lapso del año de 1980, fue declarado nulo por la propia Sección Cuarta de la Corporación, en sentencia de 23 de noviembre de 1984, por haberse dictado en ejercicio de una competencia que no correspondía al Presidente de la República, sino a la Junta Monetaria de la República, a quien se la confirió el Congreso Nacional mediante la Ley 7ª de 1973.

2ª Los efectos de esa sentencia de 23 de noviembre de 1984, recaida dentro de la correspondiente acción de nulidad promovida por el hoy Consejero de Estado, doctor Miguel González Rodríguez, no sólo son absolutos, sino igualmente de carácter retroactivo, es decir, que las cosas, por virtud de la declaratoria de nulidad, vuelven al pasado, como si nada hubiera pasado. Por consiguiente, es equivocada la aseveración que se hizo en la sentencia recurrida por la Sección Cuarta, sobre la validez y obligatoriedad de la providencia sancionatoria, en razón de haberse dictado durante la existencia del Decreto 252 de 1980, mucho tiempo antes de su anulación por el juez administrativo.

3ª Pero es que, además, hay otros argumentos inaceptables en la sentencia recurrida que deben destacarse. En efecto, en ella se dice que "...las decisiones tomadas durante la vigencia del acto anulado son válidas y obligatorias, a menos que respecto de ellas exista y se alegue la imposibilidad de ejecutarlas en virtud de su inconstitucionalidad alegada como excepción": Que "la actora solicitó la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en su demanda y pidió la anulación del acto acusado..."; pero "la sola anulación del acto base, en tratándose de acciones con contenido reparador o reparador subjetivo, no es por sí sola bastante a enervar la eficacia y validez del acto particular asentado sobre aquel a menos de acudirse a la también ya referida excepción". En otras palabras, se sostiene que, para el restablecimiento del derecho quebrantado por un acto administrativo de contenido individual o particular, no basta no impetrar la nulidad del acto indicado, sino que es menester proponer la excepción de inconstitucionalidad del acto jurídico en que se fundamenta aquel —acto base, según la sentencia recurrida—, lo cual corresponde a la tradicional jurisprudencial de esta Corporación; no obstante ello, reconociéndose que así obró el apoderado de la demandante, se concluye que la situación planteada en el proceso no permite llegar a la situación "conclusiva deseada por la actora", por otras consideraciones de las que se habla enseguida.

4ª Cuáles son esas consideraciones? Pues, nada más ni nada menos que las siguientes, que no compartimos: Que el Ejecutivo, al igual que el legislativo, tiene competencia constitucional para establecer delitos y penas correctivas en materias como la económica, de salud pública, de tranquilidad y de seguridad pública, en cuanto no invada otras áreas limítrofes y conexas reservadas a la acción del legislador, tales como las relativas a las materias aludidas por el artículo 120-14 de la Carta. Con ello se va contra lo que expresara la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de diciembre 14 de 1973, al decidir sobre la acusación de inexequibilidad que los ciudadanos Darío López Ochoa y Raúl Vásquez Vélez formularon contra lo dispuesto en el literal a) del artículo 23 de la Ley 7ª de 1973, en donde se llegó a la conclusión de que todo lo relacionado con la moneda, es materia de la exclusiva competencia del Congreso, que no puede ejercer el Presidente de la República ni siquiera en ejercicio del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política, y en la cual no se estudió —por cuanto ello no se planteó en la respectiva demanda— si esa competencia constitucional del Congreso, podía ser delegada de manera permanente en una entidad administrativa integrada por Ministros y otros funcionarios de la Rama Ejecutiva, como es la Junta Monetaria de la República, aspecto que conduciría inexorablemente al estudio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos administrativos dictados por aquella para establecer delitos o faltas y sanciones o penas, como las Resoluciones 30, 53 y 65 de 1979, que consagraban idéntica normatividad a la consagrada en el artículo 3º del anulado Decreto 252 de 1980.

Dejamos, en esta forma, aclarado nuestro voto emitido en el presente asunto.

Fecha: *Ut supra.*

Gustavo de Greiff Restrepo, Miguel González Rodríguez, Euclides Londoño Cardona.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Referencia: Expediente número A-051. Actor: DAVIVIENDA.

El suscrito Consejero comparte la decisión adoptada por la Sala en cuanto estima correcto el criterio que le sirve de sustento, el cual, en esencia, parte de la base de protuberantes errores de técnica jurídica que hacen no viable la prosperidad del recurso extraordinario de anulación.

No obstante, como en las consideraciones de la Sala se hace mención de algunos apartes de la sentencia recurrida que el suscrito no comparte, ya que constituyen afirmaciones contrarias al pensamiento de que está informado respecto de los efectos de las sentencias de anulación que profieren los jueces administrativos, estima procedente dejar sentada esta precisión.

Dejo así aclarado, con el debido respeto por mis colegas y por el Consejero ponente, el voto emitido en el presente asunto.

Fecha: *Ut supra.*

Guillermo Chahín Lizcano.

TITULO XII

PROCESOS DISCIPLINARIOS

TESTIMONIO

Es el testimonio un medio de prueba que consiste en que una persona informa al juez sobre la ciencia o conocimiento que tiene de ciertos hechos del proceso.

FALTAS CONTRA LA DIGNIDAD DE LA JUSTICIA

El subterfugio de pretender el juez volcar en tercera persona actos realizados por él, desdibuja y mengua la imagen cristalina e inmaculada que la comunidad tiene de sus jueces y espera de ellos. Si el juez al ejercer el poder que deriva de su autoridad espera ser actado y realmente lo es, cuando deba responder ante otra autoridad debe actuar de igual manera, esto es, estar dispuesto a obedecerla del mismo modo en que lo haría cualquier ciudadano.

Consejo de Estado.— Sala Disciplinaria.— Bogotá, D. E., diez de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso disciplinario número C-108. Investigación de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial contra el Magistrado Guillermo Gerardino Alvarez.

Se encuentra a consideración de esta Sala Disciplinaria la actuación del Ministerio Público que concluyó en la Resolución número 22 de 30 de diciembre de 1988 expedida por el señor Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial de la Procuraduría General de la Nación por medio de la cual se califica la investigación disciplinaria adelantada en relación con el doctor Guillermo Gerardino Alvarez, Magistrado del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por los hechos que el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal Ambulante en providencia fechada el 30 de abril de 1988, sintetiza así:

> "...El día sábado veintiséis de marzo del presente año a las catorce y diez (14:10 horas) aproximadamente en el kilómetro dos del Municipio de Los Patios, frente al Plantel Educativo del Santo Angel aconteció un accidente de tránsito en donde colisionaron los vehículos camioneta CARIBE 442, color rojo distinguida con las placas SCI-352 de Venezuela,

> corta, conducida por el doctor Guillermo Gerardino Alvarez (procesado) quien se desplazaba de norte a sur, o sea Cúcuta, en dirección Los Patios; con la moto distinguida con las siguientes características: Marca YAMAHA, tipo enduro, color gris, placas 096-948 de Venezuela, conducida por Ramón Francisco Pabón Portilla, quien iba en sentido contrario al primer vehículo antes mencionado. De lo acontecido resultó víctima Pabón Portilla inicialmente con lesiones graves que posteriormente produjeron su deceso, esto fue el día jueves 31 de marzo del presente año en la Clínica Santa Ana".

La Juez Novena de Instrucción Criminal Ambulante mediante tal decisión de 30 de abril de 1988, profirió medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva contra el doctor Guillermo Gerardino Alvarez por el delito de homicidio culposo en accidente de tránsito y del cual resultó víctima el señor Ramón Francisco Pabón Portilla, respecto de hechos acaecidos el día sábado 26 de marzo de 1988 en jurisdicción del Municipio de Los Patios (art. 1º), y concedió a dicho funcionario el beneficio de libertad provisional de acuerdo con el artículo 439 del C. de P. P., para lo cual le fijó una caución prendaria (arts. 2º, 3º y 5º). Esta providencia fue confirmada por dicho juzgado al desatar el recurso de reposición interpuesto contra ella (fls. 88 a 91 del cuaderno de antecedentes).

De conformidad con la visita especial practicada en la Secretaría Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta por la Procuraduría Regional de la misma ciudad (fls. 248 a 254), los desarrollos posteriores de la investigación penal han sido los siguientes:

El Juzgado Noveno de Instrucción Criminal ya mencionado al calificar el mérito del sumario dictó resolución de acusación el 16 de agosto de 1988 contra el doctor Guillermo Gerardino Alvarez por el punible de homicidio culposo, con arreglo al artículo 329 del Código Penal. Este proveído fue a su vez confirmado por el tribunal antecitado mediante providencia de 28 de noviembre de 1988, con la modificación de considerar y aceptar que el hecho criminoso se realizó bajo el influjo del alcohol a cuyo efecto invoca la aplicación también del artículo 330 numeral 1º *ibídem* (fls. 255 a 260).

La mencionada Resolución 22 dispuso en su parte resolutiva lo siguiente:

> "*Primero. Formular acusación* ante el honorable Consejo de Estado, contra el doctor Guillermo Gerardino Alvarez, identificado con la cédula de ciudadanía número 5.465.051 expedida en Ocaña (N. de Santander) en su condición de Magistrado del honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander por incumplimiento del deber que le señala el artículo 73 del Decreto 250 de 1970 en concordancia con el artículo 158 numeral 1º del Decreto 1660 de 1978 y 62 del

Decreto extraordinario 052 de 1987 conforme a lo expuesto en la parte motiva.

"*Segundo. Remitir* las presentes diligencias al honorable Consejo de Estado a fin de que proceda de conformidad a lo previsto por los artículos 76 y siguientes del Decreto extraordinario 052 de 1987, e imponga la sanción del caso, la cual desde ya se solicita.

"*Tercero. Remitir* copia auténtica de esta resolución a la División de Registro y Control de la Viceprocuraduría General de la Nación, para lo de su cargo.

"*Cuarto*. Previamente a lo anterior *notificar*, por medio de la Procuraduría Regional de Cúcuta al acusado, para lo cual se remitirá despacho comisorio cuyo inserto será copia auténtica de este proveído, haciéndole saber que contra éste no procede recurso alguno y dejando en su poder una copia del mismo".

Antecedentes:

1º Resume la Resolución 22 los hechos que dieron lugar a la investigación adelantada por la Procuraduría en los siguientes términos:

"Algunos compañeros del señor Ramón Francisco Pabón, dirigieron el 6 de abril del año en curso una comunicación al Procurador Regional del Norte de Santander exigiendo justicia para un hecho atribuible al Magistrado Guillermo Gerardino Alvarez, del honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, acaecido el 26 de marzo de 1988.

"El Procurador Regional de Cúcuta remitió el escrito a esta Delegada, en virtud del fenómeno de la competencia.

"La Procuraduría Delegada, ordenó el adelantamiento de averiguación previa, por medio de acto de mayo 19 por cuanto la información aparecía demasiado escueta, comisionando para su perfeccionamiento al Procurador Regional de Cúcuta, quien, una vez cumplida, la retornó con el correspondiente informe evaluativo en el cual considera que el doctor Guillermo Gerardino Alvarez había incurrido en violación de normas del régimen disciplinario para funcionarios de la Rama Jurisdiccional (fl. 92).

"Visto lo anterior y, examinado cuidadosamente el acervo probatorio, la Procuraduría Delegada encontró no sólo reunidos los presupuestos para la apertura de formal inves-

tigación, sino también para formular el respectivo pliego de cargos y a ello procedió en proveído de julio 26 obrante a folios 96 y siguientes, comisionando al Procurador Regional de Cúcuta para notificarlo y correr el traslado legal. Cumplido esto, regresó el diligenciamiento con memorial de descargos (fl. 108) y numerosas pruebas documentales a él anexas (fls. 121 y ss.).

"Estudiado el memorial y las pruebas allegadas, el Despacho decretó las pruebas que estimó conducentes y negó algunas que carecían de ese carácter, de las solicitadas por el implicado, y dispuso la práctica de algunas, en forma oficiosa (fl. 233), comisionando al Procurador Regional de Cúcuta para su diligenciamiento.

"Practicadas todas las pruebas decretadas, el proceso ha pasado al Despacho para la calificación prevista en el artículo 72 del Decreto 052 de 1987".

2º El Despacho del Delegado para la Vigilancia Judicial concretó en la comentada Resolución 22 "el punto de hecho o materia fáctica" de la siguiente manera:

I. Conducción del vehículo en estado de embriaguez.

II. Actividades reprochables consistentes en:

a) Haber intentado huir;

b) Irrogarle la culpa inicialmente a otro;

c) Hacer resistencia a la autoridad y escudarse en su condición de Magistrado;

d) Proferir expresiones de menosprecio ante la gravedad de las consecuencias provocadas por su acto.

Para luego entrar al análisis probatorio relacionado con cada una de las inconductas anteriores y estimar y concluir que se encontraban demostradas todas, a excepción de la del literal d) precedente.

3º *Alegato del doctor Guillermo Gerardino Alvarez.*

En escrito presentado ante el honorable Consejo de Estado en su oportunidad legal alega dicho Magistrado lo siguiente:

"1º *En cuanto a la cuestión fáctica del accidente en sí,* hay que hacer relevancia acerca de la prueba testimonial que milita en mi contra.

"Analizando detenidamente el contenido probacional tenemos que hay un punto de convergencia hipotético, o sea se quiera escudar el accidente, como efecto de un estado de

embriaguez, pero esto científicamente no está probado, antes por lo contrario el Médico Forense, como aparece dentro del expediente, certifica lo contrario, valga la redundancia.

"a) El testigo Jairo Moisés Guerrero, es un deponente que se basa en comentarios, y además compañero de trabajo del occiso (q. e. p. d.);

"b) La testigo Margarita Lobo Vargas, parcializa su narración y se imagina los hechos, pues si dice que desde la ventana, vió, porqué (sic) dentro de su misma testimonianza está la *constancia* dejada por la Juez de Instrucción en la diligencia de inspección judicial, en donde deja en claro que desde dicha ventana no se podía ver todo como lo dice la declarante, pues hay unos árboles que obstaculizan la completa visibilidad;

"c) El testigo Pablo Luna Flórez, condiciona su declaración pues fundamenta el estado de embriaguez, que me indilga, en la forma como estaba al volante. Además es compañero del occiso;

"d) En cuanto al declarante José María Cadena Collazos hay una contradicción en su testimonio, pues primero es enfático en afirmar que yo me encontraba en estado de embriaguez, pero antes en el informe que rindiera como *causas probables* de accidente, había escrito 'embriaguez aparente';

"e) El testigo Ernesto Peralta Ocampo, es un deponente cantisflesco si se lee en su totalidad su declaración;

"f) La testigo María Trinidad Becerra Castellanos, en su imaginación y sentimiento, pues era la compañera marital del occiso, asevera ... 'sí señorita, sí estaba borracho (el acusado) porque yo lo vi que estaba (borracho) tomado y olía a trago'.

"Si se examina el contenido expedencial no estaba en el lugar de los hechos, pues a ella le fueron a avisar en el lugar donde trabaja 'TELECOM';

"g) El agente de la Policía Vial Reinaldo Granados Adame, se basa en apariencias para deducir que estaba en estado de embriaguez; ... 'al observarlo sí aparentaba que hubiera ingerido bebidas embriagantes'...;

"h) En cuanto al abogado Enrique Antolínez Cárdenas, enfáticamente rechazo sus apriorísticas afirmaciones en mi contra, pues como lo puntualicé en diligencias de indagatoria, existe entre los dos una enemistad profunda;

"i) En cuanto a la exposición del Capitán de la Policía, Comandante de la Estación Vial, Manuel Guillermo Borda Sepúlveda, nos dice que yo 'presentaba síntomas de haber tomado trago' ... y que los puntos que marcó el alcohómeter, 'indica que estaba embriagado en un término medio'.

"Es decir este deponente, no tiene conciencia de certeza absoluta en lo que dice, pues basta con leer y analizar el Certificado del Médico Forense, que reposa en el expediente.

"Crítica a esta primera cuestión:

"a) Salta a primera vista que los testimonios rendidos están llenos de parcialidad en mi contra, pues se trata de familiares del occiso o de compañeros de trabajo del mismo. Además son testimonios de oídas, de comentarios. PERO eran presenciales de los mismos? NO;

"b) Con el respeto que se merece, el señor Procurador para la Vigilancia Judicial, doctor Carlos Guillermo Castro Guevara, trajo a consideración de su resolución lo que me desfavorece, mas no lo que reposa expedencialmente (sic) a mi favor.

"2º *En cuanto a las actividades reprochables en mi contra:*

"a) En ningún momento intenté huir, en primer lugar porque soy responsable de mis actos, y en segundo lugar porque los mismos declarantes se están contradiciendo abiertamente, pues si dicen que estaba borracho y no me podía bajar de la camioneta, y al carro se le había estallado la llanta derecha delantera y el rín se había caído, cómo podía huir?;

"b) En cuanto a las otras tres actividades reprochables, soy enfático en negarlas, pues jamás le irrogó culpa alguna a otra persona de mis actos; siempre he sido respetuoso con las autoridades y personas particulares.

"3º Cabe destacar las contradicciones y la *parcialidad* que se desprende de las piezas procesales, que el mismo Procurador Regional de Cúcuta que me elevó cargos, puntualiza, *faltando a la verdad, y dando paso a su imaginación y ligereza en su actuar justiciero,* las siguientes conductas reprochables:

" '1. Embriaguez habitual; uso injustificado de sustancias que produzcan dependencia física o síquica; y

"'2. Ejercer actividades incompatibles con el decoro del cargo o que en alguna forma afecte su dignidad (fl. 93)'".

Consideraciones de la Sala:

La acusación del Procurador para la Vigilancia Judicial contra el doctor Guillermo Gerardino Alvarez se concreta en las inconductas atrás señaladas salvo la del literal d), las cuales se fundan en el incumplimiento por parte de él de los deberes señalados para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional en el artículo 73 del Decreto 250 de 1970 en armonía con los artículos 158 numeral 1º del Decreto 1660 de 1978 y 62 del Decreto 052 de 1987.

Del contenido y contexto de los cargos formulados contra el doctor Alvarez, se establece con toda claridad que el bien jurídico tutelado y considerado como desconocido en todos ellos es la dignidad de la administración de justicia y más concretamente la falta a los deberes de observar en todo tiempo y lugar irreprochable conducta pública y privada, y que en el artículo 60, literal g) del Decreto 052 de 1987 se tipifican en el ejercicio de "actividades incompatibles con el decoro del cargo o que en alguna forma afecte su dignidad".

Se pasarán a examinar los cargos.

Consideraciones preliminares sobre los testimonios analizados en este proceso.

Es el testimonio un medio de prueba que consiste en que una persona informa al juez sobre la ciencia o conocimiento que tiene de ciertos hechos del proceso.

Se deben destacar los siguientes factores sicológicos que en forma sucesiva contribuyen a la formación del testimonio: La percepción, la memoria y la deposición propiamente dicha.

Por medio de la percepción llegan al conocimiento del testigo los hechos o las cosas respecto de los cuales el juez habrá de interrogarlo con el fin de obtener de él los datos que le sirvan para esclarecer hechos del proceso.

La memoria conserva tal percepción e impresiones que el testigo recolecta y almacena.

Y la deposición como etapa que concluye el ciclo es la versión personal que el testigo comunica al juez de los hechos observados por él y que, se repite, habrán de ser elementos indispensables para desbrozar y hacer la debida luz acerca de la investigación que aquél adelanta para obtener el convencimiento sobre la realidad de su ocurrencia.

Observa la Sala que del estudio y análisis que acomete en los párrafos siguientes de la probanza testimonial practicada en relación con el presente proceso disciplinario, y cuyo recaudo estuvo a cargo de la Juez Novena de Instrucción Criminal de Cúcuta y el Procurador Regional de la misma ciudad, se desprende con la debida claridad que en las deposiciones escudriñadas se encuentran los factores o elementos comentados con fisonomía no solamente propia respecto de cada testigo, sino que aunadas las declaraciones de modo sistemático todas ellas confluyen indefectiblemente a obtener el debido y concienzudo convencimiento sobre la realización de los hechos del cargo que se persigue establecer.

I

Primer cargo: Conducir el doctor Guillermo Gerardino Alvarez el vehículo en estado de embriaguez.

Conducta como éstas realizadas por un administrador de justicia deteriora el concepto de comportamiento social sobrio, abstinente y moderado que la sociedad espera de tan respetable miembro de la comunidad, porque él como representante de la justicia debe contribuir a conservar su veneración, culto y sublimidad.

Y más agravada tal inconducta lo es en el caso *sub lite* en que de por medio hay la pérdida de una vida humana.

Bien demostrado está en el presente proceso disciplinario el comportamiento que se le censura al Magistrado doctor Guillermo Gerardino Alvarez, pues resulta de testimonios que examinados en su conjunto confluyen a establecerlo de manera inequívoca, por provenir de personas —unas particulares y otras revestidas de autoridad— que estuvieron en contacto directo con los hechos del accidente, ser sus relatos espontáneos y coincidentes en circunstancias de tiempo, modo y lugar y desprovistos de interés en perjudicar al autor material del insuceso ni de favorecer a la familia del occiso.

En efecto:

El agente de la Policía Vial, señor José María Cadena Collazos, y quien le practicó al doctor Guillermo Gerardino Alvarez la prueba de alcoholimia (fl. 49) ratificó el informe contenido en el oficio número 397 al respecto. Preguntado sobre cómo es el sistema de funcionamiento del alcoholímetro y si éste determina la cantidad de alcohol existente en la sangre o en las vías respiratorias, contestó: "Consiste en un tubito que se introduce en la boca y a la persona se hace que tome aire y luego que lo expulse, en ese momento el aparato debe marcar cierto grado que determina la embriaguez de la persona, nosotros en la instrucción de ese aparato para manejarlo dice que sobre

0.75 la persona no ha ingerido licor, hasta aquí la marca sin ingerir licor, de ahí en adelante sí es la persona que ha ingerido licor. Preguntado: ¿A qué equivalen los 2.70 que aparecen en el informe, a qué grado de embriaguez? Contestó: Nosotros siempre que hemos tomado esa prueba a personas que están pasadas de alcohol, esa prueba se hizo en presencia de la secretaria de la Estación... Preguntado: ¿En su concepto el señor Guillermo Gerardino Alvarez se encontraba en estado avanzado de embriaguez? Contestó: Se encontraba en avanzado estado de embriaguez" (fl. 54).

En el documento de folio 49 el comandante de la Estación Vial, Manuel Guillermo Borda Sepúlveda da cuenta a la Juez Catorce de Instrucción Criminal que el señor José María Cadena Collazos había tomado la prueba en cuestión al doctor Alvarez en el "alcoholímetro LION-ALCOL METER SD-2, aparato que utilizamos y que demuestra la embriaguez para contravenciones de tránsito", con resultado de 2.70.

Del mismo modo en el informe del accidente de folios 47 y 48 suscrito por el señor Reinaldo Granados, Policía Vial y en el cual se señalan como testigos a María Cristina Lobo Vargas, Pablo Luna Gómez y Ernesto Peralta Campos, se da como causa probable del accidente junto con la de exceso de velocidad "la embriaguez aparente".

El capitán de la Policía Nacional y comandante de la Policía Vial, Manuel Guillermo Borda Sepúlveda al preguntársele sobre el estado anímico del doctor Guillermo Gerardino Alvarez cuando lo vio en su oficina, contestó: "Presentaba síntomas de haber tomado trago, se le practicó el examen de Alcotex con resultado positivo, en un puntaje relativamente bajito, no recuerdo qué tanto el puntaje... Preguntado: ¿Diga si usted pudo apreciar que en ese momento el doctor Gerardino estuviera borracho, tomado o estaba bueno y sano? Contestó: Ya le dije anteriormente que mostraba síntoma de haber tomado algún o algo de licor. Preguntado: ¿Diga si los 2.70 o 270 puntos que marcó el Alcohómeter indica algún grado de embriaguez, en caso positivo qué grado? Contestó: Indica que está embriagado en un término medio. Preguntado: ¿Diga si el resultado de la prueba de Alcotex tomada al doctor Gerardino quedó registrada en los libros que se llevan en el Comando de la Estación Vial? Contestó: Sí". (fls. 168-169).

María Cristina Lobo Vargas, arquitecta de profesión, testigo presencial del accidente según se da cuenta en el informe de éste de folios 47 y 48, al informar sobre la percepción que tuvo de los hechos y referirse al accidentado y al doctor Guillermo Gerardino Alvarez manifestó: "Preguntado: ¿Diga si usted observó el accidente sucedido para la fecha en mención (26 de marzo) en el cual resultara lesionado un motorizado que corresponde al nombre de Ramón Francisco Pabón? Contestó: Sí señorita. El señor, el motorizado se desplazaba de sur a norte en su motocicleta, el doctor se desplazaba de norte a sur por la vía izquierda, venía en estado de embriaguez y cogió al motorizado por la parte derecha del carro, le pegó, lo arroyó y él cayó contra la

calzada derecha cayendo al lado de la piedra grande que existe, la moto cayó al otro lado de la piedra... salimos a auxiliar al señor porque el señor gritaba 'por favor no me dejen morir' ".

Al referirse al doctor Alvarez en otro pasaje de su declaración expresó: "...nosotros estábamos tratando de evitar problemas con el compañero del motorizado que iba en un chevette quien se le fue al doctor para evitar que se fuera a volar y recoger al herido, pero el señor era tanto la embriaguez que no fue capaz de bajarse del carro por su propio medio, nosotros tratamos de calmarle los nervios al señor del carro chevette. El señor estaba un poco ofuscado y trataba de pelear con el doctor pero en esas llegó la Policía Vial... Preguntado: ¿Tiene algo más que decir, agregar o corregir? Contestó: No, lo único que hizo observación (sic) es que el señor del carro estaba en estado de embriaguez y que fue grosero con la autoridad, a mí me dijo que me callara la boca, qué era tanto escándalo, que no había pasado nada" (fls. 52-53).

El testigo, Jairo Moisés Guerrero, compañero del extinto accidentado relata que "...el accidente se presentó a la entrada del Colegio Santo Angel de esta ciudad, yo llegué al sitio del accidente ya cuando Ramón había sido trasladado a la clínica y al doctor Gerardino lo tenían en la Policía Vial, yo fui con la señora de Ramón Francisco Pabón hasta la Vial, ya que esta señora tenía que presentarse a dialogar con el Comandante de la Vial. Allí estuvimos un buen rato, ya que nosotros les dijimos a los de la Vial que comprobaran el estado de embriaguez del doctor Gerardino, ellos dijeron que no había ningún problema, que todo lo habían colocado en el informe que rindieron, ellos nos dijeron que nos confiáramos de eso, que ese señor estaba en estado de embriaguez, que no había ningún problema. En vista de esto nos trasladamos para la clínica. Preguntado: ¿Diga si cuando usted junto con la señora del hoy occiso Ramón Pabón Portilla estaban en las dependencias de la Policía Vial de esta ciudad vieron al doctor Guillermo Gerardino Alvarez. Caso afirmativo, manifieste en qué estado lo vio usted? Contestó: Lo vimos, me pude percatar que este señor se encontraba en estado de embriaguez, ya que no podía ni pararse, tembladera tenía en las manos. Preguntado: ¿Diga si con anterioridad a los hechos denunciados por usted y sus compañeros había visto al doctor Gerardino Alvarez en sitios públicos ingiriendo bebidas embriagantes o presentando situaciones que no rimaran con lo de su cargo? Contestó: Yo la única vez que lo vi tomado y en estado de embriaguez fue cuando fui a la Vial el día de los hechos... Preguntado: ¿Con relación a lo anterior tiene algo más que agregar, anotar o corregir? Contestó: Yo pienso que un señor de éstos no debe ocupar un cargo importante como el que él ocupa, ya que públicamente se conocen los antecedentes de este señor que son de alcohólico y que por cargo (sic) que ocupa debiera ser más responsable de sus funciones y comportamiento ante la ciudadanía..." (fls. 16 y 17).

Pablo Luna Gómez, cuyo nombre aparece como testigo en el informe del accidente de folios 47 y 48 dice en su narración y en relación con el doctor Guillermo Gerardino Alvarez "...y me estuve allí, pasaron unas señoras les pedí colaboración que llamaran a la Policía, al instante llegaron los policías y yo le dije al teniente que el señor que estaba sobre la camioneta en estado de embriaguez había atropellado al señor que estaba tendido sobre el suelo... Preguntado: ¿Diga por qué motivo una vez bajó del carro y tuvo conocimiento de que la persona accidentada era su compañero de trabajo no le prestó la ayuda requerida, sino que permaneció allí esperando a que otra persona o las autoridades así lo hicieran? Contestó: Primero, porque era mi compañero y que tenía que verificar que el señor era el culpable del delito, o sea el borracho de la camioneta... Preguntado: ¿Diga usted si el conductor de la camioneta roja e igualmente el conductor de la moto se encontraban en estado de embriaguez? Contestó: El conductor de la moto estaba bueno y sano ya que iba a laborar a las dos de la tarde y el conductor de la camioneta no estaba borracho sino borrachísimo" (fls. 55 a 56 vto.).

El testigo presencial, Ernesto Peralta Ocampo hace el siguiente relato: "...la camioneta Caribe cuando estrelló al muchacho de la moto, siguió dándole a las piedras que había fuera de la carretera hasta llegar cerca al Colegio San Angel, a las paredes del Colegio San Angel, después del accidente el chofer de la Caribe echó reverso a la camioneta como metro y medio aproximadamente a pesar de que le faltaba una llanta delantera que la sacó del rin antes de llegar a esa parte, fue en el camino que la sacó, después la camioneta paró porque el rin pegó a una piedra grande y ahí quedó al rato o ratico, aclaro que el conductor quedó sobre la cabrilla recostado y luego lo bajamos entre otras personas que no conozco, lo bajamos al conductor de la camioneta porque de la borrachera que tenía ni podía bajarse, después se sentó sobre una piedra siempre con ganas de escaparse y haciéndole señas a los carros para que lo llevaran, pero en esos momentos llegó una toyota color naranja del F-2, que fue la que no lo dejó escapar, posteriormente llegó un capitán con unos agentes...".

Por último, a la pregunta sobre "si el conductor de la camioneta Caribe e igualmente el conductor de la moto se encontraban en estado de embriaguez. Contestó: Sí señorita, el conductor de la Caribe estaba embriagado y el de la moto no presentaba ningún síntoma de alcohol" (fls. 57 y 58).

A Reinaldo Granados Adame, agente de la Policía Vial, quien figura como testigo en el informe del accidente de la Policía Vial de folios 47 y 48 se le preguntó: "¿Aparece dentro del informe suministrado por usted dentro de las causas probables del accidente la embriaguez aparente y exceso de velocidad del conductor, no determinado (sic), diga usted cuál de los dos (el conductor de la moto o el con-

ductor del vehículo) presentaba las causas estipuladas (sic) por usted en el informe. Contestó: El conductor del vehículo número 2 camioneta Caribe, según manifiesto (sic) de los testigos y al observarlo aparentaba que había ingerido bebidas alcohólicas, yo lo observé allá en las instalaciones de la Vial" (fl. 61, el paréntesis es de la Sala).

María Trinidad Becerra Castellanos, compañera del occiso, relata que estaba en su casa cuando llegó Pablo Luna y le informó que Ramón Pabón se había accidentado así que ambos se trasladaron al sitio del accidente y posteriormente ella junto con el señor Juan Bracho se dirigieron a la Policía Vial donde se encontraba el doctor Guillermo Gerardino Alvarez quien le preguntó que ella si era la esposa de Pabón "...y yo le dije que sí y el señor Gerardino me dijo que él corría con los gastos y que era responsable del accidente y que le iba a poner dos médicos de planta y que iba a ir a la clínica Santa Ana, dijo que iba a acabar con las motos, entonces el señor Juan le dijo que debían acabar con los borrachos que conducían mal y atropellaban a la gente inocente... Preguntada: ¿Diga usted a su modo de ver el conductor Guillermo Gerardino Alvarez se encontraba en estado de embriaguez para el momento de la ocurrencia de los hechos? Contestó: Sí señorita, sí estaba borracho lo vi que estaba tomado y olía a trago, estábamos los dos al lado hablando" (fls. 59 y 59 vto.).

El abogado Enrique Antolínez Cárdenas, relacionado con el doctor Guillermo Gerardino Alvarez a lo largo de treinta (30) años, compañeros en el bachillerato y en la universidad, da cuenta de que al llamado telefónico de la empleada del servicio del segundo para avisarle sobre el accidente el mismo día en que éste ocurrió a las dos y media de la tarde y concurrir a su residencia no le "...fue posible conversar mucho con él porque estaba completamente borracho, entonces resolví regresar a las cinco de la tarde y todavía con los efectos alcohólicos lo llevé en mi carro hasta el puesto de Policía que da frente al Tonchalá... Preguntado: ¿Diga al Despacho si se enteró usted que ese sábado 26 de marzo el procesado Gerardino Alvarez había empezado a tomar licor desde tempranas horas de la mañana? Contestó: Seguramente que sí había tomado desde tempranas horas de la mañana porque cuando yo acudí al apartamento, como ya lo mencioné, no se podía tener de la borrachera y no creo que lo hubiera hecho después que aporrió con el carro a la víctima, sino borrachísimo, lo cual se le notaba por el mismo tufo... Preguntado: ¿Diga si en el tiempo que tiene usted de distinguir a Gerardino Alvarez ha tenido oportunidad de verlo en las condiciones que dice usted se encontraba ese sábado 26, fecha en que acontecieron los hechos materia de investigación? Contestó: Casi siempre que lo veía estaba borracho, inclusive una vez fui a su oficina del tribunal, me ofreció trago en la misma oficina y yo para evitarle complicaciones me lo llevé para el Zulia... Preguntado: ¿Diga si Gerardino Alvarez en el tiempo que tiene de conocerlo usted acostumbra a estar bajo el influjo de bebidas alcohólicas? Contestó: Siempre desde la universidad cuando era Fiscal

incluso en una audiencia pública que tuve siendo Fiscal él llegó borracho después de mediodía a la continuación de la audiencia...".

La Sala aprecia en todo su valor probatorio la anterior declaración del doctor Antolínez, a pesar de la descalificación que de ella pretende hacer el doctor Alvarez en la ampliación de la indagatoria (fls. 149 a 160) y en el alegato presentado ante esta Corporación (fl. 328), porque su dicho revela sinceridad en la forma como es expresado y precisamente la relación de amistad existente entre ellos explica la razón de haber sido informado inmediatamente del acaecimiento del insuceso, su presencia en el apartamento de Alvarez y luego su traslado a un puesto de Policía. Además las circunstancias de tiempo, modo y lugar son expuestas con la mayor naturalidad que hacen verosímil el testimonio en cuanto hace al aspecto de la situación de beodez del doctor Alvarez.

II

Segundo cargo: Haber el doctor Guillermo Gerardino Alvarez intentado huir.

De las declaraciones de María Cristina Lobo Vargas, Ernesto Peralta Ocampo y Pablo Luna Flórez que se refieren a este aspecto, no puede establecerse con la debida certeza que el doctor Alvarez hubiera incurrido en la inconducta de este cargo, dado que se quedan las versiones suministradas al respecto en simples apreciaciones subjetivas que por lo mismo impiden al juzgador formarse la debida convicción.

III

Tercer cargo: Irrogarle el doctor Guillermo Gerardino Alvarez la culpa inicialmente a otro.

Si la actividad del juez está dirigida a juzgar y sentenciar un litigio, un conflicto de intereses sometido a su decisión y así cumple el nobilísimo fin de asegurar la paz social, desdora tal laudable función la actitud consistente en eludir la responsabilidad de conducta propia achacándosela indebidamente a tercera persona.

Atenta ese proceder contra la dignidad de la justicia porque el juzgador que así actúa desciende a éste de su sagrado pedestal para colocarlo al mismo nivel del comportamiento de un ser humano irresponsable contradiciendo el paradigma del juez recto y probo que así como al solucionar una controversia deduce la responsabilidad a quien corresponda, afronta también estóicamente la suya propia cuando de deducírsela a él se trata.

El subterfugio entonces de pretender el juez volcar en tercera persona actos realizados por él, desdibuja y mengua la imagen cristalina e inmaculada que la comunidad tiene de sus jueces y espera de ellos.

La inconducta disciplinaria que se examina se encuentra debidamente demostrada en el proceso, según el siguiente análisis probatorio:

La arquitecta María Cristina Lobo Vargas, en relación con la narración que hace de los hechos que rodearon el accidente y refiriéndose al doctor Guillermo Gerardino Alvarez dice: "...el señor estaba un poco ofuscado (compañero del occiso) y trataba de pelear con el doctor, pero en esas llegó la policía y el señor doctor le echaba la culpa al del chevette que era él el que había arrollado al motorizado y esa fue la rabia de nosotros con ese señor de ver que una persona de esa clase no diera ejemplo de buena conducta (fls. 52 y 52 vto.).

En la diligencia de inspección judicial de reconstrucción del accidente vuelve a decir la testigo Lobo Vargas: "...les gritó a los agentes que llegó (sic) en esos momentos y los trató mal el señor el doctor le echaba la culpa al compañero de este señor, el señor Luna, de que él había visto cuando él lo había atropellado, que él lo había atropellado, cuando eso no fue así..." (fl. 128).

Relata el señor Pablo Luna Flórez, testigo del accidente y compañero del fallecido, citado en la declaración anterior, que "...al instante llegaron los policías y yo le dije al teniente que el señor que estaba sobre la camioneta en estado de embriaguez había atropellado al señor que estaba tendido en el suelo, entonces ese señor borracho le dijo al teniente que yo era el que lo había atropellado al herido que estaba tendido en el suelo, en ese momento la señora del frente dijo que eran mentiras que el que lo había atropellado era el señor, en vista de esto el teniente se llevó al borracho no sé para dónde..." (fl. 55).

Ratifica el dicho anterior el declarante Luna Flórez en la diligencia de inspección judicial de reconstrucción del accidente, así: "...y unos señores y señoras colaboraron, llamaron a la Policía, como a los cinco minutos se hicieron presentes los agentes, señalé cuando llegó el teniente que el señor era el que había atropellado al compañero, éste le dijo (sic) se bajó todo borracho y les dijo a los agentes que yo era el que había sido responsable del hecho, las personas de acá no sé quienes se acercaron y le dieron la culpabilidad al señor mencionado... Preguntado: ¿En el lugar de los hechos sostuvo usted algún diálogo con el conductor de la camioneta Caribe? Contestó: Cuando llegaron los agentes al sitio donde estaba la camioneta este señor me responsabilizó, el conductor, de que yo había sido el que había producido el accidente, pero como salieron tantas personas a auxiliar y vieron los hechos estos dijeron lo contrario de lo que él me estaba acusando" (fls. 133 y 134).

Analizadas las declaraciones precedentes de manera sistemática concluye la Sala que ofrecen la credibilidad necesaria para ser atendidas debidamente, pues ambos deponentes fueron testigos conocedores de inmediato del accidente y del relato minucioso que hacen de las particularidades del mismo fluye la consistencia y espontaneidad de la versión objetiva que comunican al respecto.

IV

Cuarto cargo: Resistir el doctor Guillermo Gerardino Alvarez a la autoridad y escudarse en su condición de Magistrado.

¿Puede el juez prevalido de la autoridad que le da su investidura de tal entorpecer la acción de otra autoridad que en ejercicio de sus propias funciones reclama de aquél su presencia y explicaciones en relación con hechos que por haberlos cometido deben ser aclarados y establecidos? La respuesta negativa de rigor encuentra su fundamento en que tal proceder degrada el concepto de transpariencia, pulcritud y suprema responsabilidad que la colectividad tiene de sus jueces. En efecto, si el juez al ejercer el poder que deriva de su autoridad espera ser acatado y realmente lo es, cuando deba responder ante otra autoridad debe actuar de igual manera, esto es, estar dispuesto a obedecerla del mismo modo en que lo haría cualquier ciudadano.

Y la resistencia a *la autoridad* adquiere contornos más graves cuando se aduce y saca a relucir la calidad de juez con el propósito de enervar, eludir, aniquilar o neutralizar aquélla.

Comportamiento entonces como el presente vulnera la dignidad de la justicia que se resiente en lo más profundo de sus fibras cuando en su seno existen funcionarios como esos.

El doctor Guillermo Gerardino Alvarez incurrió en la falta disciplinaria en cuestión, según se pasa a demostrar con el siguiente haz probatorio:

Al testigo, Pablo Luna Flórez se le pregunta que "...diga al Despacho si una vez se hicieron presentes los agentes de la Policía el conductor al notar la presencia de éstos tomó una actitud hostil hacia ellos. Contestó: Primero el conductor de la camioneta me estaba responsabilizando a mí del hecho sucedido, luego dijo que a él no lo podían detener, sacó un carné y le enseñó a la Policía que era Magistrado, se le puso rebelde a los agentes, no quería ir con ellos, la Policía se lo llevó no sé para donde a la fuerza" (fl. 55 vto.).

Corrobora la atestación anterior en la diligencia de inspección judicial de reconstrucción del accidente del siguiente modo: "...se encontraba borracho cuando llegaron los agentes el señor acusado

sacó un carné y les dijo que a él no lo podían detener, se puso con palabras soeces ante la autoridad al no querer acompañarlos a donde ellos lo iban a conducir; esto (sic) les tocó obrar de otra forma..." (fl. 133).

María Cristina Lobo Vargas atestigua en la diligencia de inspección judicial de reconstrucción del accidente: "...el doctor nos gritaba cuál es el escándalo, cállese la jeta, fue (sic) los términos que él nos utilizó, yo soy el Presidente del Tribunal de lo Contencioso, tengo 25 años, mando en todos ustedes, les gritó a los agentes que llegó (sic) en esos momentos y les trató mal" (fl. 128).

La misma deponente al responder a la pregunta de la juez sobre si tenía algo más que agregar sobre los hechos del accidente expresó: "...No, lo único que hago observación (sic) es que el señor del carro estaba en estado de embriaguez y fue grosero con la autoridad, a mí me gritó que me callara la boca..." (fl. 53 vto.).

Ernesto Peralta Ocampo, cuenta que "...posteriormente llegó un capitán con unos agentes, el capitán se fue a llevar al conductor de la camioneta Caribe pero éste no se dejó, tal vez hizo el intento de unas diez o quince veces de llevárselo pero el conductor decía que no se iba porque sacaba unos papeles y mostraba diciéndoles que era Presidente del Tribunal y que él era el que les había enseñado a ellos ser policías y trató con palabras soeces varias veces al capitán y también lo empujó varias veces, no quiso subirse a la patrulla de la Policía y al rato llegó otra patrulla chata y otros agentes y ahí sí llegó un agente moreno y en compañía de otros y sí subió a la brava al conductor de la Caribe al radiopatrulla" (fl. 57 vto.).

Consideraciones de la Sala en torno al alegato del doctor Guillermo Gerardino Alvarez.

Sostiene este funcionario que en cuanto al cargo de la Procuraduría sobre que el accidente se produjo hallándose el doctor Alvarez en estado de embriaguez y deducirlo ello de la prueba testimonial, que ello científicamente no está demostrado y que el Médico Forense certifica lo contrario.

Al respecto estima la Sala lo siguiente:

a) La prueba testimonial acompañada del informe del accidente elaborado por la Policía Vial suministran abundantes y contundentes elementos de juicio sobre el estado de beodez en cuestión, sin que sea necesario recurrir a la prueba estrictamente científica de que habla dicho médico;

b) No por ser compañero del occiso debe descalificarse automáticamente el testimonio del señor Jairo Moisés Guerrero, ya que

debe tenerse en cuenta que él hizo acto de presencia en el lugar del accidente desde el mismo principio y por ello y por el contenido de su dicho es testigo excepcional en relación con las circunstancias del insuceso, entre ellas el haber entrado y estado en contacto con el doctor Alvarez y haberse percatado de su situación de embriaguez;

c) Que la testigo María Cristina (no Margarita) Lobo Vargas pudiera ver o no ver desde la ventana de su casa la ocurrencia del accidente no es aspecto que se cuestiona en el presente proceso disciplinario; además ella sí estuvo en el sitio de los hechos desde el primer momento y demás secuencias e incidentes;

d) Ya se examinó de manera detenida la deposición de Pablo Luna Flórez, también testigo presencial, a la que se le presta valor de convicción. No se advierte además en él, como tampoco en la declarante Lobo Vargas, ánimo o interés de causar perjuicio alguno al doctor Alvarez;

e) José María Collazos antes de contradecirse es consistente en sus dichos. En efecto, por ser quien tuvo a su cargo el informe del accidente se hallaba en condiciones excepcionales para apreciar el estado físico del doctor Alvarez y por ello al anotar las causas probables del mismo señaló la de la embriaguez "aparente". Este adjetivo tiene el significado de "lo que se manifiesta a primera vista", luego fue precisamente tal condición de embriaguez la que percibió de la vista del doctor Alvarez;

f) Si bien es cierto que la compañera del fallecido, María Trinidad Becerra llegó después del accidente al sitio de los acontecimientos, tuvo la oportunidad de observar directamente al doctor Alvarez y darse cuenta que se hallaba embriagado.

Su dicho al respecto coincide con el de varios, atrás analizados;

g) El agente de la Policía Vial, Reinaldo Granados Adame, debió cabalmente entrar en contacto con el doctor Alvarez y por ello da fe del estado de beodez en que el mismo se encontraba. No se halla razón distinta a la de decir la verdad cuando este testigo depone en la forma en que lo hizo, siendo además desconocido de aquél antes del insuceso;

h) No convence a la Sala la manifestación que de su enemistad íntima con el doctor Enrique Antolínez Cárdenas hace el doctor Alvarez, por las siguientes razones:

El último reconoce en la diligencia de ampliación de la diligencia de indagatoria que "...como amigos que siempre hemos sido, nacidos y brotados caso de una misma estirpe, ante los hechos acaecidos me ofreció colaboración prestándose a llegar a un acuerdo, entre mayúsculas ECONOMICO..." (fl. 154). Al preguntársele qué tiempo tiene, cuándo y cómo conoció al doctor Antolínez, el doctor Alvarez dijo que

lo distingue y que "...partió nuestra amistad desde las aulas universitarias de la Universidad Libre de Colombia" (fl. 155). El doctor Antolínez coincide en su declaración en esto mismo al decir que conoce a Alvarez de vista, trato y comunicación "...porque estudiamos en bachillerato en el mismo colegio y en la Universidad Libre, lo conozco desde hace unos treinta años" (fl. 78). Y al preguntársele sobre sus relaciones personales con el doctor Antolínez para el sábado 26 de marzo del presente año, fecha del accidente, contestó que al respecto hay dos etapas: Para dicha fecha "las relaciones eran normales de amistad" y que de aquí en adelante son de "enemistad profunda" (fl. 158). No concibe la Sala que una fecha precisa pueda ser el punto de referencia para terminar abruptamente una amistad de vieja data y sobre todo a raíz de una declaración objetiva que precisamente no favorece a Alvarez.

Las buenas relaciones existentes entre ambos explica muy bien por qué fue informado Antolínez inmediatamente sobre la ocurrencia del accidente de Alvarez y el contacto que se estableció de una vez entre ellos y la colaboración que trató de prestarle el primero.

Las explicaciones del antagonismo dadas por Alvarez a última hora se quedan además en su subjetividad.

Del mismo modo el aspecto que interesa para fines del cargo disciplinario sobre la beodez de Alvarez y que se da por establecido en esta providencia no surge únicamente de la declaración de Antolínez, sino que al lado de ésta están las de un conjunto de otros testigos, coincidentes y consistentes;

i) No es dable achacar falta de certeza al capitán de la Policía y comandante de la Estación Vial, Manuel Guillermo Borda Sepúlveda, cuando atestigua que el doctor Guillermo Gerardino Alvarez "...presentaba síntomas de haber tomado trago..." y que la marcación del alcoholímetro "...indica que estaba embriagado en término medio...", porque de ambas aserciones surge de manera evidente e inobjetable que el estado de Alvarez era de embriaguez, cualquiera fuera el grado de ésta.

Sanción disciplinaria:

Habiéndose efectuado el debido análisis de los hechos que han dado lugar a los cargos formulados por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial contra el Magistrado doctor Guillermo Gerardino Alvarez y evaluadas las probanzas de cargo y descargo, las normas legales aplicables y el concepto de la violación, se concluye que dicho funcionario debe ser sancionado con la destitución de su cargo, a términos del artículo 68, inciso 2º, del Decreto 052 de 1987, teniendo en cuenta las faltas en que incurrió, graves todas ellas contra la dignidad de la justicia, cometidas por quien, como él, por estar investido

de la toga sacratísima de Juez de la República quebrantó principios de decoro judicial que en primer lugar y obligatoriamente debía observar.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Disciplinaria del Consejo de Estado,

Resuelve:

1º Sanciónase con la destitución de su cargo de Magistrado del honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander al doctor Guillermo Gerardino Alvarez.

2º Envíese copia de esta providencia, una vez ejecutoriada, a la División de Registro y Control de la Viceprocuraduría General de la Nación, para lo de su cargo.

Notifíquese personalmente al sancionado, para lo cual se comisiona al Procurador Regional de la ciudad de Cúcuta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La presente providencia fue discutida en sesiones de los días cuatro (4) y diez (10) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989) y aprobada en la del último.

Los Consejeros de Estado,

Simón Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta, Consuelo Sarria Olcos.

Nubia González Cerón, Secretaria.

FALTAS CONTRA LA EFICAZ ADMINISTRACION DE JUSTICIA / CAUSA JUSTIFICADA / MORA INJUSTIFICADA

Como la norma no definió la "causa justificada" en los eventos de faltas contra la eficaz administración de justicia, será trabajo del juez disciplinario su interpretación y en ella forzosamente deberán incluirse, además de las simples cifras estadísticas, ingredientes subjetivos como la complejidad de las providencias, la importancia de las mismas y el daño efectivo o probable que se puede causar con el retardo en su producción.

Consejo de Estado.— Sala Disciplinaria.— Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número C-105. Disciplinario. Actor: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial.

Se procede a decidir el proceso disciplinario seguido contra el doctor Guillermo Gerardino Alvarez.

Los hechos:

Según consta en la resolución acusatoria la investigación fue iniciada por la Procuraduría General de la Nación, por acusación hecha por el Gobernador del Departamento de Norte de Santander, según telegrama 413 de 28 de abril de 1988 (fl. 10, cuaderno 1), el cual se transcribe en su integridad:

"TAL COMO LO EXPRESE TELEFONICAMENTE COMA SOLICITOLE CARACTER URGENTE DESIGNACION FUNCIONARIO QUE PRACTIQUE VISITA TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN RELACION TRAMITE Y DECISION PROYECTO ORDENANZA PRESUPUESTO 1988 DONDE SIGUIOSE PROCEDIMIENTO DIFERENTE AL PRECEPTUADO LEY 3ª DE 1986 CODIGO DE REGIMEN DEPARTAMENTAL PRESCINDIENDO ADEMAS ABSOLUTAMENTE MINISTERIO PUBLICO A QUIEN OMITIOSE NOTIFICAR TODA PROVIDENCIA PUNTO CONSIDERO CONVENIENTE AMPLIAR VISITA AL FUNCIONARIO ES-

de la toga sacratísima de Juez de la República quebrantó principios de decoro judicial que en primer lugar y obligatoriamente debía observar.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Disciplinaria del Consejo de Estado,

Resuelve:

1º Sanciónase con la destitución de su cargo de Magistrado del honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander al doctor Guillermo Gerardino Alvarez.

2º Envíese copia de esta providencia, una vez ejecutoriada, a la División de Registro y Control de la Viceprocuraduría General de la Nación, para lo de su cargo.

Notifíquese personalmente al sancionado, para lo cual se comisiona al Procurador Regional de la ciudad de Cúcuta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La presente providencia fue discutida en sesiones de los días cuatro (4) y diez (10) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989) y aprobada en la del último.

Los Consejeros de Estado,

Simón Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta, Consuelo Sarria Olcos.

Nubia González Cerón, Secretaria.

FALTAS CONTRA LA EFICAZ ADMINISTRACION DE JUSTICIA / CAUSA JUSTIFICADA / MORA INJUSTIFICADA

Como la norma no definió la "causa justificada" en los eventos de faltas contra la eficaz administración de justicia, será trabajo del juez disciplinario su interpretación y en ella forzosamente deberán incluirse, además de las simples cifras estadísticas, ingredientes subjetivos como la complejidad de las providencias, la importancia de las mismas y el daño efectivo o probable que se puede causar con el retardo en su producción.

Consejo de Estado.— Sala Disciplinaria.— Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número C-105. Disciplinario. Actor: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial.

Se procede a decidir el proceso disciplinario seguido contra el doctor Guillermo Gerardino Alvarez.

Los hechos:

Según consta en la resolución acusatoria la investigación fue iniciada por la Procuraduría General de la Nación, por acusación hecha por el Gobernador del Departamento de Norte de Santander, según telegrama 413 de 28 de abril de 1988 (fl. 10, cuaderno 1), el cual se transcribe en su integridad:

> "TAL COMO LO EXPRESE TELEFONICAMENTE COMA SOLICITOLE CARACTER URGENTE DESIGNACION FUNCIONARIO QUE PRACTIQUE VISITA TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN RELACION TRAMITE Y DECISION PROYECTO ORDENANZA PRESUPUESTO 1988 DONDE SIGUIOSE PROCEDIMIENTO DIFERENTE AL PRECEPTUADO LEY 3ª DE 1986 CODIGO DE REGIMEN DEPARTAMENTAL PRESCINDIENDO ADEMAS ABSOLUTAMENTE MINISTERIO PUBLICO A QUIEN OMITIOSE NOTIFICAR TODA PROVIDENCIA PUNTO CONSIDERO CONVENIENTE AMPLIAR VISITA AL FUNCIONARIO ES-

TE TRIBUNAL POR RETARDO INJUSTIFICADO NUMEROSOS NEGOCIOS PUNTO ATENTAMENTE EDUARDO ASSAF ELCURE GOBERNADOR NORTE DE SANTANDER".

Una vez practicada la visita respectiva la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial elevó pliego de cargos (fls. 158 y 159 anexo 1) al inculpado en la siguiente forma:

"II. Los cargos:

"De las actas de visita e informe evaluativo surgieron los siguientes cargos:

"Contra el doctor Guillermo Gerardino Alvarez, Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Norte de Santander:

"1º A) No haber dispuesto y constatado la notificación personal al respectivo Agente del Ministerio Público, de los diferentes proveídos dictados en la actuación o proceso radicado bajo el número 5227, relacionado con las objeciones formuladas por el Gobernador del Departamento de Norte de Santander al Proyecto de Ordenanza de Presupuesto para la vigencia del año 1988.

"Con dicha conducta podría haber incurrido en la falta disciplinaria por incumplimiento de sus deberes en dirección del proceso y acatamiento de la ley (art. 37, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, por remisión del canon 267 del Decreto 01 de 1984, en concordancia con el 127 del Código Contencioso Administrativo y el ordinal 'a' del Decreto 052 de 1987) todo lo anterior, según lo definido por el artículo 62 del último decreto citado.

"B) Haber demorado un tiempo superior al fijado por la ley (5 días) para registrar proyecto de fallo, dentro de la actuación o proceso radicado bajo número 5224 correspondiente a la tramitación de las objeciones del Gobernador del Departamento de Norte de Santander al proyecto de ordenanza por el cual se establece una planta de personal, por cuanto ingresó a su despacho el 19 de marzo de 1988 y a la fecha de la visita (3 de mayo de 1988), aún no lo había registrado (fl. 84).

"Con dicha conducta ha incurrido presuntamente en la falta disciplinaria contra la eficacia de la administración de justicia estructurada por el literal 'a' del artículo 61 del Decreto 052 de 1987, por desconocer el término previsto en el numeral 3º del artículo 80 del Decreto 1222 de 1986 en concordancia con el artículo 11 del Decreto 1265 de 1970.

"C) Haber demorado un tiempo superior al fijado por la ley (10 días) en producir el auto interlocutorio resolviendo sobre la concesión o no del recurso de apelación contra la decisión de suspensión provisional del Decreto departamental 00834 por medio del cual se adoptó y liquidó el presupuesto, tramitado en la actuación o proceso radicado bajo el número 5261 de la Corporación a que pertenece, por cuanto ingresó a su Despacho el 5 de abril de 1988 y para el día de la visita (3 de mayo) aún no se había suscrito.

"Con dicha conducta ha incurrido presuntamente en la falta disciplinaria contra la eficacia de la administración de justicia, descrita por el literal 'a' del artículo 61 del Decreto 052 de 1987 por haber desconocido el término previsto por el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil al cual se remite el canon 267 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el 11 del Decreto 1265 de 1970 y el numeral 37 del Estatuto Procesal Civil".

El doctor Gerardino Alvarez presentó sus descargos (fls. 158 y 159 anexo 1) los cuales fueron aceptados con respecto a los literales A) y B), no así con respecto al C) pues en Resolución número 21 de 22 de noviembre de 1988, el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial ordenó remitir el expediente a esta Corporación con el objeto que el doctor Gerardino fuera sancionado.

Se considera:

El cargo por el cual se solicita sanción al inculpado fue el haber demorado la decisión sobre el recurso de apelación interpuesto contra el auto que declaró la suspensión provisional del Decreto 00834 de 18 de diciembre de 1987, proferido por el Gobernador del Norte de Santander, mediante el cual se adoptó el presupuesto del departamento citado.

Según la copia del expediente (cuaderno 1B), el secretario remitió el expediente el día 5 de abril de 1988 (fl. 44, cuaderno 1B) y el auto fue proferido el 6 de mayo de ese mismo año (fl. 45, cuaderno 1B), es decir, un mes y un día después de haber ingresado a despacho para conceder o negar la apelación.

Sin embargo, en el momento de practicar la visita, tal como consta en la resolución acusatoria (fls. 255 y 256 numeral 3º), el expediente llevaba 29 días esperando la decisión.

Al rendir los descargos respectivos, el acusado argumentó fundamentalmente el "excesivo cúmulo de trabajo" y la "complejidad" de la providencia a dictar, añadiendo además que para poder sancionar a un funcionario jurisdiccional por mora, ella tiene que ser injustificada (anexo número 1, fls. 204 y 205).

La Procuraduría ordenó practicar una visita, para comprobar la cantidad de trabajo del doctor Gerardino y de ella concluyó que entre el 19 de marzo y el 3 de mayo de 1988, "tiempo al que se contrae la mora" el promedio de producción diario fue de 0.96, teniendo en cuenta que en ese período se dictaron 11 sentencias (con ponencia del doctor Gerardino), 11 autos interlocutorios y se asistió a 3 inspecciones judiciales (fl. 251, anexo número 1).

La Procuraduría toma como fecha de referencia para comenzar a contar la mora el 19 de marzo, no se sabe con qué criterio, pero lo cierto es que el expediente ingresó a despacho el 5 de abril y la decisión sobre el recurso de apelación fue proferida el 6 de mayo de 1988, es decir en el día hábil siguiente número 28 a la fecha de llegada.

Sea lo primero anotar que por ausencia de norma expresa en el C. C. A. que determine los términos para proferir los autos por parte del magistrado o consejero, deberá aplicarse por remisión del artículo 267 *ibidem*, el artículo 124 del C. de P. C. En dicha norma se establece que los autos interlocutorios deberán dictarse dentro de los diez días siguientes al ingreso a despacho del expediente y los de trámite dentro de los tres días siguientes.

Sin embargo estos términos no pueden contarse en forma absoluta, ni tampoco promediarse contra el número de actuaciones que ha adelantado el juez, para saber si éste está o no en mora.

En el literal a) del artículo 61 del Decreto 052 de 1987, por el cual se estableció la carrera judicial, se incluyó una causal genérica de exculpación de la mora, que consiste en que ella sólo será considerada como falta contra la eficaz administración de justicia, cuando ocurra *sin causa justificada*. Como la norma no definió la "causa justificada" será trabajo del juez disciplinario su interpretación y en ella forzosamente deberán incluirse, además de las simples cifras estadísticas, ingredientes subjetivos como la complejidad de las providencias, la importancia de las mismas y el daño efectivo o probable que se puede causar con el retardo en su producción.

En el *sub examine* la providencia de la que se dice se retardó injustificadamente, fue un simple auto de trámite que por su contenido no tenía ninguna complejidad pero que por su importancia era definitiva para la correcta marcha de la administración departamental, ya que le iba a dar la oportunidad a la administración de que el superior del tribunal revisara la decisión mediante la cual se suspendió provisionalmente el decreto que ponía en vigencia el presupuesto. En situaciones como ésta se debe dar prioridad al trámite de los procesos y mucho más teniendo en cuenta que, según el artículo 55 de la Constitución Nacional, las tres Ramas del Poder Público "tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

Visto lo anterior no le queda duda a la Sala que el inculpado no obró con la diligencia necesaria, pero como no consta en el expediente que haya sido objeto de medidas correccionales se procederá a prevenirlo con amonestación en aplicación de los incisos 1º y 2º del artículo 67 del Decreto 052 de 1987.

En mérito de lo expuesto, *se resuelve:*

Por los hechos narrados en la parte motiva de la presente providencia prevéngase con amonestación del doctor Guillermo Gerardino Alvarez.

De la presente providencia se remitirá copia a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial para los fines pertinentes.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión de fecha 11 de agosto de 1989.

Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Hernán Cardoso Durán.

Nubia González Cerón, Secretaria.

FALTAS CONTRA LA EFICAZ ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Retardo injustificado

Constituye falta contraria a la eficacia de la administración de justicia, no la simple demora en resolver los asuntos confiados a un funcionario, juez o magistrado de la Rama Jurisdiccional, sino el retardo injustificado o culposo en decidirlos dentro de los términos prescritos por la ley.

Consejo de Estado.— Sala Disciplinaria.— Bogotá, D. E., nueve de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación C-092. Proceso seguido por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial contra el Magistrado del Tribunal del Valle del Cauca doctor Rodrigo Ordónez Ochoa. Fallo.

Se decide el proceso disciplinario adelantado contra el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, como Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Antecedentes:

El Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, mediante Resolución número 008 de 11 de mayo de 1988, formuló cargos contra el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía número 6.093.310 de Cali, en su condición de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y solicitó al Consejo de Estado imponerle la correspondiente sanción disciplinaria.

Los cargos según el acto mencionado, en síntesis son los siguientes:

1º Haber excedido el término de cuarenta días, prescrito por el artículo 211 del Decreto-ley 01 de 1984, sin registrar proyecto de sentencia en los procesos números 0577, 11.366, 11.897, 10.960, 12.418, 11.846, 13.121 y 12.682.

2º Haberse abstenido de fechar las sentencias y de entregarlas a la Secretaría, no obstante que los correspondientes proyectos habían

sido aprobados por la Sala con varios meses de antelación, en los procesos números 111, 107, 108, 078, 118, 073, 101, 110 y 115.

El Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial considera que los hechos mencionados constituyen falta disciplinaria contra la eficacia de la administración de justicia según los artículos 95, numeral 1º del Decreto-ley 250 de 1970 y 116 letra a) del Decreto 2400 de 1986, que estaban vigentes cuando sucedieron los hechos, reiterados por el artículo 6º, letra c), del Decreto-ley 052 de 1987 (fls. 107 a 116, cuaderno número 1).

El Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, mediante providencia de 11 de febrero de 1987, elaboró el pliego de cargos y dispuso correr traslado de ellos al doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, para que en el término de seis días los conteste y pida pruebas (fls. 17 a 21, cuaderno número 1).

Esta providencia y la Resolución 008 de 11 de mayo de 1988, fueron notificadas personalmente al doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa (fls. 23 y 131, cuaderno número 1).

El doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa descorrió el traslado y pidió la práctica de algunas pruebas. Los descargos son, en síntesis los siguientes:

—Afirma que se posesionó del cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 1º de agosto de 1985 "...sin recibir ninguna indicación, ni entrenamiento como prevé la ley..." y sin que tampoco se le diera, de parte del Ministerio Público, "ningún tipo de capacitación..." durante el tiempo que ha ejercido el cargo de Magistrado.

—En los procesos 0577, 11.366, 11.895, 10.960, 12.418 y 11.846 existe responsabilidad compartida porque entraron al despacho cuando ejercía el cargo de Magistrado el doctor Julio César Paz Quevedo, a quien reemplazó el 1º de agosto de 1985.

Los restantes procesos números 13.121 y 12.682, sí entraron al despacho con posterioridad a esta fecha, cuando ya ejercía el cargo de Magistrado.

—Agrega que no pudo infringir, como se afirma en el pliego de cargos, el artículo 116 del Decreto-ley 2400 de 1986 porque fue derogado por el Decreto-ley 052 de 1987 e invoca en su favor los artículos 160 y 26 de la Constitución, aquél en cuanto dispone que los Magistrados y Jueces no pueden ser suspendidos de sus cargos sino de conformidad con la ley y éste en cuanto prescribe que el juzgamiento debe efectuarse con base en leyes preexistentes, "...ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio...".

—El pliego de cargos se formuló después de vencido el término que al efecto prescribe la ley.

—Al serle notificado el pliego de cargos no se le entregó copia del mismo, lo que implica que se deba aplicar el artículo 24, numeral 3º del Decreto 3404 de 1983, "sobre validez de los actos en trámite".

—Afirma que recibió "el despacho más congestionado y atrasado de la historia del Tribunal Administrativo del Valle" y que "si hubiese recibido un despacho al día, hoy estaría al día, pues a la fecha (11 de marzo de 1987, anota la Sala) han entrado a despacho 198 negocios y se han fallado 194".

—Asevera que, desde cuando fue creado el cargo de Magistrado que ejercía, estuvo congestionado con los procesos relativos a impuestos que tienen especial complejidad por las numerosas reformas legislativas, cuatro en el lapso comprendido entre 1974 y 1987, que los procesos que cursan en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dispendiosos y obsoletos, deben ser adelantados directamente por el Magistrado ponente con el mero concurso de una auxiliar y que la falta de personal auxiliar, de recursos físicos, de dotación, medios de consulta y de actualización no permite que la justicia sea eficiente.

—Explica que las demoras en fechar las sentencias y entregarlas a la Secretaría, luego que la Sala aprueba los respectivos proyectos, se debe al exiguo personal auxiliar que es el encargado, según el reglamento del tribunal, de estas actividades complementarias. Agrega que cuando es necesario, la decisión debe ser liquidada por la Secretaria Contadora del Tribunal, en el turno que corresponde a cada Magistrado, cada mes y medio, con todas las demoras que ello implica.

—Invoca y transcribe una providencia del Tribunal Disciplinario, proferida en 1983, que afirma que "la responsabilidad en la mora y en todas las faltas disciplinarias no es objetiva sino que hay que probar plenamente la responsabilidad del funcionario en el retraso o mora por la que se acusa...".

—Considera finalmente, que el trabajo que realizó como Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1985 y el 12 de marzo de 1987 "es prueba irrefutable de eficacia..." (fls. 1 a 27, cuaderno número 2).

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, en la Resolución número 008 de 11 de mayo de 1988, desechó los descargos presentados por el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, en suma, por los siguientes motivos:

1. La mora que funda el primer cargo "resulta ostensible con la simple comparación de fechas (en los dos primeros procesos es de 11 meses y en los restantes de 14 meses y 28 días), sin que exista relación consecuente entre el término de 40 días señalado al ponente

por el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil para presentar los proyectos de sentencia cuyo conocimiento corresponde a la Corporación y el tiempo en que permanecieron inactivos los procesos que motivaron el traslado...". Agrega que la actividad del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, "no obstante evidenciar un mediano rendimiento en el trabajo, no justifica que los procesos que se le citaron en el primer cargo, hubieran permanecido tanto tiempo en su despacho sin actuación alguna..." (fls. 113 y 114, cuaderno número 1).

2. Los términos judiciales son de orden público por la necesidad de dar certeza jurídica y delimitar responsabilidades y el artículo 20 de la Constitución Nacional prescribe que los funcionarios públicos son responsables de sus omisiones y extralimitaciones.

3. Las Salas Disciplinarias de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias de 9 de febrero, 21 de mayo y 22 de junio de 1984 y de 29 de enero de 1988, han afirmado que la demora injustificada en el despacho de los asuntos judiciales constituye falta, contraria a la eficacia de la administración de justicia y que si existe congestión en los despachos "no es esta una justicación genérica que pueda aplicarse indiscriminadamente a todos los casos en que se acusa mora e incumplimiento en la tramitación de los procesos, pues ello significaría el reconocimiento implícito de la incapacidad de los jueces para atender sus obligaciones y sería fuente de impunidad en el mismo corazón de la justicia..." (fls. 114 y 115, cuaderno número 1).

4. El Magistrado ponente, según el artículo 37, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil tiene "la obligación de velar por la pronta evacuación de los procesos hasta cuando éstos salgan de su despacho con el respectivo proyecto aprobado, en limpio, momento en el cual cesa su responsabilidad..." (fl. 115, cuaderno número 1). Por consiguiente no es fundado el aserto del doctor Ordóñez Ochoa quien estima que los auxiliares, no los Magistrados, son los encargados de fechar y entregar las sentencias a la Secretaría del Tribunal.

5. El doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa elegido Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con designación confirmada, reunía todos los requisitos necesarios para ejercer el cargo eficazmente, sin que sea motivo de exculpación la falta de cursos de capacitación o entrenamiento.

El alegato de conclusión:

El doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa intervino en este proceso mediante apoderado quien alegó de conclusión, en síntesis así:

1. El 21 de mayo de 1982 el doctor Alfonso Penilla Prado entregó el despacho de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del

Cauca al doctor Julio César Paz Quevedo quien también lo entregó el 1º de agosto de 1985, al doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa.

2. La Procuraduría General de la Nación practicó visitas al despacho del Magistrado Julio César Paz Quevedo el 16 de noviembre de 1982, el 27 de noviembre de 1984, el 14 de febrero y el 29 de abril de 1985. En todas ellas se verificaron demoras, sin ninguna consecuencia.

3. No obstante que el Presidente del Consejo de Estado pidió que se investigara a todos los Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la referencia especial que hizo al doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa fue la causa para que la Procuraduría General de la Nación lo investigara específicamente.

4. Según el acta de la visita practicada el 28 de febrero de 1987 al despacho del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, tuvo un rendimiento "mediano en relación con el rendimiento de los demás magistrados, o lo que es lo mismo, está por encima del rendimiento de varios de sus colegas y por debajo sólo de dos de ellos...". Sin embargo, "con base en su rendimiento se acusó al doctor Rodrigo Ordóñez por morosidad..." (fl. 160, cuaderno número 1).

5. La Procuraduría General de la Nación practicó visita al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 28 de noviembre de 1986, se examinaron algunos expedientes al azar y en el despacho del doctor Ordóñez Ochoa se encontraron 54 procesos para fallo.

6. La Procuraduría General de la Nación practicó una nueva visita al despacho del doctor Ordóñez Ochoa, el 13 de noviembre de 1987 y se encontraron dos procesos para sentencia (fl. 163, cuaderno número 1).

El señor apoderado del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa concluye que lo expuesto demuestra que éste, quien se encontraba en "mora objetiva", como sus demás compañeros de magistratura, no puede ser sancionado porque para ello se requiere, según el artículo 95, ordinal 1º del Decreto-ley 250 de 1970 y la jurisprudencia del Tribunal Disciplinario, "omitir o retardar injustificadamente el despacho de los asuntos".

Consideraciones de la Sala:

Surtida la tramitación del proceso, sin que exista causal de nulidad, la Sala procede a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

La Sala observa que el proceso tiene por objeto investigar y definir hechos ocurridos durante la vigencia del Decreto-ley 250 de 1970 y que el artículo 61 del Decreto-ley 052 de 1987 sustituyó el artículo 95 del Decreto-ley 250 de 1970, pero reprodujo en la letra a), la norma que dispone que son faltas contrarias a la eficacia de la administración de

justicia "omitir o retardar injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo o el trabajo que señale la ley o los reglamentos de la oficina, o dejar vencer sin justa causa los términos de la actuación correspondiente".

El primer cargo consiste, como se expuso, en que el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa dejó vencer el término prescrito por el artículo 211 del Decreto-ley 01 de 1984, para registrar proyecto de sentencia en los siguientes juicios o procesos que se especifican:

1. Proceso número 0577 contra el Municipio de Cali, para que declare la nulidad del acto que declaró insubsistente al demandante; entró al despacho para decisión de fondo el 7 de noviembre de 1983 y estuvo inactivo hasta el 31 de julio de 1986.

2. Proceso número 11.366 entró al despacho para decisión el 2 de noviembre de 1981 y estuvo inactivo hasta el 31 de julio de 1986.

3. Proceso número 11.897 entró al despacho para sentencia el 27 de agosto de 1984 y el 28 de noviembre de 1986 no se había registrado proyecto de decisión.

4. Proceso número 10.960, se envió al despacho para sentencia el 9 de septiembre de 1982 y el 28 de noviembre de 1986 no se había registrado proyecto de fallo.

5. Proceso número 12.418, entró al despacho para sentencia el 2 de octubre de 1984 y el 28 de noviembre de 1986 no se había registrado proyecto de decisión.

6. Proceso número 11.846 se envió al despacho para sentencia el 6 de diciembre de 1982 y el 28 de noviembre de 1986 no existía proyecto de fallo.

7. Proceso número 13.121, entró al despacho para fallo el 9 de noviembre de 1985 y el 28 de noviembre de 1986 no se había registrado proyecto de decisión.

8. Proceso número 12.682, el 29 de abril de 1986 se envió al despacho para sentencia y el 28 de noviembre de 1986 no se había registrado proyecto de decisión.

Este cargo fue formulado en la Resolución 008 de 11 de mayo de 1988, proferido por el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, con fundamento en el acta de visita practicada el 28 de noviembre de 1986, por la Procuraduría General de la Nación al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y en el informe rendido al Procurador General de la Nación por el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial sobre las mismas (fls. 3 a 8, 10 a 13 y 107 a 116, cuaderno número 1).

El segundo cargo versa sobre las demoras en fechar las sentencias, después de ser aprobados los proyectos por la Sala, y en entregarlas a la Secretaría del Tribunal, en los siguientes procesos:

1. Proceso número 111: El proyecto fue aprobado el 3 de octubre de 1985 y la sentencia se envió a la Secretaría el 16 de septiembre de 1986.

2. Proceso número 108: El proyecto se aprobó el 28 de noviembre de 1985 y la sentencia fue fechada el 16 de septiembre de 1986.

3. Proceso número 107: El proyecto fue discutido y aprobado el 16 de septiembre de 1985 y el fallo fue fechado el 16 de septiembre de 1986.

4. Proceso número 078: El proyecto de decisión fue discutido el 26 de septiembre de 1985 y la sentencia está fechada el 15 de septiembre de 1986.

5. Proceso número 118: El 19 de septiembre de 1985 fue discutido y aprobado el proyecto de sentencia, la cual fue fechada el 3 de septiembre de 1986.

6. Proceso número 073: El proyecto de decisión fue discutido el 15 de agosto de 1985 y la sentencia proferida el 22 de septiembre de 1986.

7. Proceso número 101: El proyecto de fallo fue discutido y aprobado el 27 de febrero de 1986 y la sentencia expedida el 30 de septiembre de 1986.

8. Proceso número 110: El proyecto se discutió y aprobó el 17 de septiembre de 1985 y la sentencia fue proferida el 15 de septiembre de 1986.

9. Proceso número 115: El proyecto se discutió el 12 de septiembre de 1985 y la sentencia fue fechada el 19 de septiembre de 1986.

Este cargo también fue formulado en la Resolución 008 de 11 de mayo de 1988, expedida por el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, con fundamento en el acta de visita practicada el 28 de noviembre de 1986 al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por la Procuraduría y en el informe rendido sobre la misma al Procurador General de la Nación por el Procurador Delegado para la vigilancia judicial (fls. 3 a 8, 10 a 13 y 107 a 116, cuaderno número 1).

En consecuencia, la Sala considera que los hechos que sirven de fundamento a los cargos están probados en el proceso. Además, el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa no desconoce ni discute su ocurrencia, sino que trata de justificarlos, tras reconocer que se encontraba "en mora objetiva", mediante argumentos tendientes a demostrar que no incurrió en demora injustificada o culposa.

La Sala procede a examinar los descargos del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa en relación con los cargos y hechos conducentes demostrados.

Afirma, en primer término, que en los procesos números 0577, 11.366, 11.895, 10.910, 12.418 y 11.846 la responsabilidad debe ser compartida con el doctor Julio César Paz Quevedo porque entraron al despacho para fallo, cuando éste era Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Considera que sólo le incumbe responder por las demoras de esos procesos desde el 1º de agosto de 1985, cuando se posesionó del cargo de Magistrado en reemplazo del doctor Paz Quevedo.

La Sala considera que ese es el sentido del cargo que le hace la Procuraduría General de la Nación, mediante la Resolución número 008 de 11 de mayo de 1988 y que, en consecuencia, el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa sólo debe responder por las demoras ocurridas en los mencionados juicios o procesos desde la fecha en que tomó posesión del cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Sostiene que no pudo infringir el artículo 116 del Decreto-ley 2400 de 1986 porque fue derogado por el Decreto-ley 052 de 1987.

Pero, como la Sala expresó en providencia de 16 de diciembre de 1988 "la investigación versa sobre hechos que pudieron ocurrir durante la vigencia del Decreto-ley 250 de 1970". Si el Decreto-ley 2400 de 1986 lo reformó, el Decreto-ley 052 de 1987, que derogó la mayor parte de sus disposiciones mediante el artículo 61 sustituyó el artículo 95 del Decreto-ley 250 de 1970, pero reprodujo, en el literal a), la que prescribe que, entre otras, son faltas contra la eficacia de la administración de justicia "omitir o retardar injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo o el trabajo que señale la ley o los reglamentos de la oficina, o dejar vencer sin justa causa las términos sin la actuación correspondiente".

De manera que este proceso se originó en hechos (producidos en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1985, cuando el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa se posesionó del cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y el 28 de noviembre de 1986 cuando la Procuraduría General de la Nación practicó la visita al mencionado tribunal, incluido el despacho del doctor Ordóñez Ochoa) que ya habían sido definidos por la ley como contrarios a la eficacia de la administración de justicia (art. 95 del Decreto-ley 250 de 1970, sustituido por el artículo 61 del Decreto-ley 052 de 1987). De donde se deduce que el proceso se ha adelantado de conformidad con el artículo 26 de la Constitución Nacional que garantiza el juzgamiento con fundamento en ley anterior al hecho y con observancia de las reglas propias del proceso, con garantía del derecho de audiencia y del de defensa.

El doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa también sostiene que el pliego de cargos "se formuló después de pasados los treinta días que indica la ley".

La Sala considera que si la instrucción de este proceso excedió el término de treinta días dispuesto por el artículo 71 literal a), del Decreto-ley 052 de 1987, ello no constituye un vicio o defecto que lo invalide, porque la ley no atribuye al instructor una competencia temporal cuyo vencimiento implique pérdida de la facultad de decidir. Por consiguiente, no obstante lo prescrito por el citado artículo, el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial bien pudo proferir la Resolución número 008 de 11 de mayo de 1988, mediante la cual formuló cargos contra el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa.

El doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa aseveró que cuando se le notificó el pliego de cargos no se le entregó copia del mismo y que por lo tanto, se le debe aplicar el artículo 24 numeral 3º del Decreto 3404 de 1987, "sobre validez de los actos de trámite".

Al respecto, la Sala considera, como lo expuso en providencia de 16 de diciembre pasado que el Decreto 3404 de 1983 no es aplicable a los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, sino sólo a los que se sigan contra los empleados administrativos de los departamentos, las intendencias y las comisarías. Además estima que el artículo 74 del Decreto-ley 052 de 1987 dispone que el pliego de cargos se notifique personalmente al interesado, o en su defecto por edicto, pero no manda entregarle copia del mismo, de donde deduce que, aún en el caso de haberse probado la alegada omisión, no habría una informalidad que afecte la regularidad del proceso. Sin embargo, en esta actuación se surtió legalmente la notificación del pliego de cargos y el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa hizo los descargos que la Sala analiza.

El doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa afirma que asumió el cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca "sin recibir ninguna indicación ni entrenamiento como lo prevé la ley" y que durante el ejercicio del cargo tampoco ha recibido "ningún tipo de capacitación".

La Sala considera, que de acuerdo con la Resolución número 008 de 11 de mayo de 1988, expedida por el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, que el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa fue elegido en propiedad Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que la elección le fue confirmada luego de comprobar los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser designado en ese cargo y que, por consiguiente, tenía la idoneidad indispensable para administrar justicia en forma eficaz. La Sala agrega que la ley no prescribe que se deban dar instrucciones o indicaciones o realizar entrenamientos como requisitos previos e indispensables para ejercer

empleos en la Rama Jurisdiccional como el de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y que si prescribe estímulos (arts. 89 a 91 del Decreto-ley 052 de 1987) y cursos de formación, actualización y adiestramiento (art. 94 *ibídem*) ello es con el objeto de mejorar el rendimiento y la capacidad de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público sobre la base de su idoneidad para ejercer los cargos correspondientes: Por consiguiente, la falta de cursos de capacitación no exculpa o justifica las demoras en el ejercicio del cargo de Magistrado.

El doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa también arguye que los juicios se adelantan en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por "procedimientos dispendiosos y obsoletos" y con el mero concurso de una auxiliar, para significar que las demoras que originaron los procesos se deben a esta situación. Pero aparte que el primero de los asertos indicados no está demostrado, aún en la hipótesis de que se lo hubiera comprobado, los argumentos expuestos, vagos o generales, sin ninguna relación con la situación específica, no son suficientes para explicar las demoras en que incurrió el doctor Ordóñez Ochoa. Igualmente, su afirmación acerca de las deficiencias físicas del edificio donde funciona el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y de la escasa dotación de elementos de trabajo y obras de consulta, además de no comprobada, genérica e indeterminada, tampoco puede justificarlas, menos si se considera que con los mismos recursos, pero con mayor esfuerzo, posteriormente obtuvo mejores resultados en su trabajo.

El doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa también afirma que recibió un despacho muy congestionado y que, entre los procesos que le correspondieron, los tributarios tienen especial complejidad, que dificulta su estudio y decisión, porque existen varios estatutos legales expedidos en los últimos años.

La Sala considera que se trata de afirmaciones generales e indeterminadas, no comprobadas, sin relación directa y específica con las demoras encontradas en la visita practicada al despacho del doctor Ordóñez Ochoa por la Procuraduría General de la Nación el 28 de noviembre de 1986 que, por lo mismo, no explican ni menos las justifican.

Como ya se expuso, el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, en su memorial de descargos y su apoderado, en su alegato de conclusión, admiten las demoras verificadas en la referida visita practicada por la Procuraduría General de la Nación, lo que hace que afirmen que el inculpado se encontraba en "mora objetiva", pero, estiman que su rendimiento, durante el tiempo que ha ejercido el cargo de Magistrado, particularmente en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1985 y el 12 de marzo de 1987, según su propia expresión, "es prueba irrefutable de eficacia..." (fls. 1 a 27, cuaderno número 2).

La Sala considera, de acuerdo con la jurisprudencia que se invoca del Tribunal Disciplinario, expuesta en dos providencias de 5 de mayo de 1983 (fls. 108 a 136, cuaderno número 2), que constituye falta contraria a la eficacia de la administración de justicia, no la simple demora en resolver los asuntos confiados a un funcionario, juez o magistrado de la Rama Jurisdiccional, sino el retardo injustificado o culposo en decidirlos dentro de los términos prescritos por la ley. De donde deduce la necesidad de evaluar los hechos conducentes, debidamente comprobados, tendientes a explicar las causas y los motivos justificativos de las demoras.

La Sala también considera que los cargos se refieren exclusivamente a demoras ocurridas en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1985 y el 24 de noviembre de 1986 y que por lo mismo, no le corresponde examinar la forma en que el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa ejerció el cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca con posterioridad a la última de las fechas indicadas sino en cuanto ello se relacione con el estudio de los cargos que originaron la investigación.

De conformidad con el acta de la visita practicada por la Procuraduría General de la Nación al despacho del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa el 5 de octubre de 1987 (fls. 83 a 85, cuaderno número 1), la Sala verifica que entre el 1º de agosto y el 19 de diciembre de 1985 sólo proyectó cuatro sentencias, no obstante que, según la providencia de 11 de febrero de 1987, proferida por el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial (fls. 17 a 21, cuaderno número 1), se encontraban al despacho, pendientes de decisión varios expedientes, algunos de ellos recibidos, en la misma situación, de su antecesor, el doctor Julio César Paz Quevedo; que según la misma acta de visita, en 1986 proyectó sesenta y siete providencias de fondo, entre ellas sesenta y una sentencias de mérito lo que claramente denota un mayor rendimiento con relación al que tuvo durante los meses que ejerció el cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en 1985, pero no el necesario para lograr resolver los procesos que estaban pendientes de decisión desde hacía algún tiempo, según se comprobó en la visita practicada por la Procuraduría General de la Nación al despacho del doctor Ordóñez Ochoa el 28 de noviembre de 1986 (fls. 3 a 8 y 10 a 13, cuaderno número 1).

La Sala también encuentra que según las visitas practicadas por la Procuraduría General de la Nación al despacho del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa el 5 de octubre y el 13 de noviembre de 1987 (fls. 83 a 85, 223 a 227, cuaderno número 1) y el 9 de diciembre de 1988 (fls. 3 a 17, cuaderno número 4) su rendimiento mejoró paulatinamente hasta lograr, según el acta de la última visita mencionada, ponerse al día en el despacho a su cargo. Pero esta circunstancia, que

es factor positivo, tampoco es suficiente para exonerar o exculpar al doctor Ordóñez Ochoa de los cargos que le hizo la Procuraduría General de la Nación, porque se refiere no a las demoras en que incurrió en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1985 y el 28 de noviembre de 1986, sino al ejercicio posterior del cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, hasta el 9 de diciembre de 1988. Sin embargo, constituye un hecho, favorable al inculpado, que la Sala tendrá en cuenta al determinar la sanción.

Los doctores Alfonso Penilla Prado, Javier Cano García, María Adiela Zuloaga Echeverry, Lisandro González Barbosa y Julio César Paz Quevedo (fls. 81, 82, 88 a 90, 95, 96, 98, 99, cuaderno número 1) declararon en el proceso y coinciden en afirmar que por el conocimiento que tienen del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, les consta que tiene demasiados procesos a su cargo y que, por la índole del procedimiento, que debe ser adelantado por el Magistrado ponente, sin otro concurso que el de la auxiliar y para que funcione sin demoras es necesario aumentar los Magistrados.

La Sala considera que los referidos testimonios, de personas que fueron o son Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Secretaria y Fiscal, hacen referencia a la situación genérica o general del mencionado tribunal y a su inmediato futuro, pero no se refieren a las demoras específicas, que fundamentan los cargos, en que incurrió el doctor Ordóñez Ochoa entre el 1º de agosto de 1985 y el 28 de noviembre de 1986 y menos al rendimiento de éste durante el mismo lapso. Además estima que, según las actas de las visitas practicadas por la Procuraduría General de la Nación a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, algunos de ellos, como el doctor Ordóñez Ochoa, que acusaban demoras en la decisión de los asuntos a su cargo, se pusieron al día en su trabajo (fls. 3 a 8, 10 a 13, cuaderno número 1; 11 a 13 cuaderno número 2; 5, cuaderno número 3; 6, cuaderno número 4; 4, cuaderno número 5; 7, cuaderno número 6). Lo que demuestra que sí es posible poner al día los despachos de los Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y que no necesariamente, por causa del número de expedientes que tramita y decide, deben registrarse demoras en proferir las correspondientes decisiones que sólo podrían remediarse con nuevos cargos de Magistrados.

La Sala considera que los cargos que la Procuraduría para la Vigilancia Judicial hizo al doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa son individuales y que por lo mismo, deben examinarse separadamente, sin que sea necesario verificar la situación de los demás Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y compararla con la de aquél.

La Procuraduría General de la Nación visitó al mencionado Tribunal el 28 de noviembre de 1986 por solicitud que le hizo el doctor Samuel Buitrago Hurtado, como Presidente del Consejo de Estado,

con fundamento, según su declaración (fls. 299 y 300, cuaderno número 1), en quejas verbales, pero sólo formuló cargos contra el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, los cuales dieron origen al proceso disciplinario que se decide.

Del estudio del cargo, en relación con los argumentos del inculpado y de su apoderado y con los hechos conducentes demostrados, la Sala concluye que el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa incurrió en varias demoras, no justificadas, en la decisión de los procesos que estaban a su cargo como Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1985 y el 28 de noviembre de 1986. Pero el rendimiento posterior particularmente haber puesto al día el despacho, como lo hizo, según acta de visita de 9 de diciembre de 1988, constituye un factor favorable al inculpado que se tendrá en cuenta al imponer la sanción.

En cuanto hace a las demoras en fechar las decisiones aprobadas por la Sala y en entregar a la Secretaría los correspondientes expedientes, el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa explica que se deben a las numerosas tareas que tiene que realizar la auxiliar y a la necesidad de esperar el turno correspondiente a cada Magistrado para que el liquidador efectúe las liquidaciones de algunos procesos.

La Sala considera que la tramitación diligente de todos los procesos corresponde al Magistrado a cuyo cargo se encuentra el despacho, quien debe, en consecuencia, dirigir y controlar la actividad de la auxiliar, quien como empleada de confianza del Magistrado, de su libre nombramiento y remoción, debe colaborarle en el oportuno despacho de todos los asuntos a su cargo, pero no puede asumir su responsabilidad; que el liquidador del tribunal es un funcionario subalterno que debe colaborar a los Magistrados en las liquidaciones relativas a impuestos, tasas y contribuciones dentro de los términos que prescribe la ley y que, por consiguiente, el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, como jefe de la oficina, es el único responsable de las demoras en fechar las providencias y entregar los expedientes a la Secretaría del Tribunal, verificadas en la visita que la Procuraduría General de la Nación practicó al despacho del mencionado Magistrado el 28 de noviembre de 1986.

El argumento propuesto por el doctor Ordóñez, en el sentido de que los procesos sobre impuestos requieren una liquidación y que estaban sometidos a turno porque sólo había un funcionario que hiciera dichas liquidaciones, tampoco resulta válido, toda vez que la liquidación se hace antes de llevar el proyecto a consideración de la Sala y no con posterioridad a su aprobación.

La Sala considera que dichas demoras, numerosas y prolongadas durante varios meses, según se relacionan en el pliego de cargos, después que los proyectos de decisión fueron aprobados por la Sala, demuestra sin nada que las justifique, ostensible negligencia del res-

ponsable del despacho y que por consiguiente el cargo no ha sido desvirtuado.

La Sala también considera que las demoras en decidir varios procesos y en fechar algunas providencias aprobadas por la Sala y entregar los correspondientes expedientes a la Secretaría, concurren a demostrar que el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa en varios procesos, no observó lo dispuesto por el artículo 211 del Decreto 01 de 1984 e incurrió en falta contra la eficacia de la administración de justicia, consagrada en el artículo 61, letra a) del Decreto 052 de 1987 y consistente en: "Omitir o retardar injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo o el trabajo que señala la ley o los reglamentos de la oficina, o dejar vencer sin justa causa los términos sin la actuación correspondiente". El Decreto-ley 1888 de 1989 derogó el Decreto-ley 052 de 1987, pero el artículo 9º, letra b), reprodujo el artículo 61, letra a) del Decreto-ley 052 de 1987 y el artículo 54 dispuso que "los procesos adelantados de conformidad con la legislación anterior en los que se haya proferido pliego de cargos, continuarán sujetos tanto en su aspecto sustantivo como procesal a esas normas, hasta su terminación, sin perjuicio del principio de la favorabilidad". En consecuencia, conforme a lo prescrito por dicho artículo 54 del Decreto-ley 1888 de 1989, este proceso debe decidirse con fundamento en el Decreto-ley 052 de 1987 siendo pertinente precisar que la expresión "sin perjuicio del principio de la favorabilidad" del artículo 54 del Decreto-ley 1888 de 1989, fue derogado por el artículo 6º del Decreto 1975 de este año.

En síntesis, la Sala estima, de acuerdo con los artículos 67 y 68 del Decreto-ley 052 de 1987, que los dos aspectos que configuran el cargo: Demoras injustificadas de la decisión de varios procesos y en fechar las providencias aprobadas por la Sala y en la entrega de los correspondientes expedientes en la Secretaría, el números de expedientes diferidos y la extensión de las demoras, el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, en ejercicio del cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, incurrió en falta grave que implica la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo hasta por treinta días. Pero, habida consideración de la buena conducta anterior, que no existe concurso de faltas ni reincidencia, y del hecho consistente en que el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa con posterioridad al 28 de noviembre de 1986, se puso al día en su despacho, la Sala considera que se le debe imponer la sanción de cinco (5) días de suspensión en el ejercicio del cargo.

Como es notorio que el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa ya no es Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de acuerdo con el artículo 66 del Decreto-ley 052 de 1987, se dispondrá que la sanción se anote en la hoja de vida para los efectos legales.

En mérito de lo expuesto, la Sala Disciplinaria

Resuelve:

1º Suspender al doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa por cinco (5) días en el desempeño de sus funciones como Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

2º Anótese la anterior decisión en la hoja de vida del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa.

3º Envíese copia de esta providencia, una vez ejecutoriada, a la División de Registro y Control de la Viceprocuraduría General de la Nación, para lo de su cargo.

Notifíquese personalmente al sancionado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

NOTA DE RELATORIA: Los puntos relacionados con PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION / INVESTIGACION DISCIPLINARIA - Tránsito de ley - Legislación pertinente, corresponden en esencia a lo dicho por la Sala Disciplinaria en auto de 16 de diciembre de 1988, expediente C-092, actor: Rodrigo Ordóñez Ochoa, Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Fue publicado en Extractos de Jurisprudencia, Consejo de Estado, Tomo II, páginas 29-30 y 32. Edición Caja Agraria.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, con salvamento de voto.

Nubia González Cerón, Secretaria.

FALTAS CONTRA LA EFICAZ ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Retardo injustificado / SANCION (Salvamento de voto)

Conforme al Decreto 250 de 1970 en estos procesos se presentan dos clases de faltas de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional que los hace acreedores a sanciones disciplinarias: La falta leve que da lugar a sanciones consistentes en multas y las faltas graves que producen la suspensión en el ejercicio del cargo o la destitución. En el caso en estudio no surge con claridad la gravedad de la falta que quedó borrada o extinguida frente al excelente desempeño del doctor Ordóñez en el lapso que tuvo a su cargo el despacho de Magistrado de Tribunal Administrativo del Valle.

Expediente número C-092. Actor: Procuraduría Delegada Vigilancia Judicial contra Magistrado del Valle - Disciplinario.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Como tuve la oportunidad de expresarlo en las discusiones de la Sala, no participé de la decisión adoptada por la mayoría en virtud de las razones que entonces sostuve y que reitero ahora, suscintamente:

I. No se tuvieron en cuenta con el valor que merecen las declaraciones recibidas en la etapa investigativa de los doctores Javier Cano García (fl. 88), Alfonso Penilla Prado (fl. 81), Julio César Paz Quevedo (fl. 98) y María Adiela Zuloaga Echeverri (fl. 95). Todos, a excepción de la última quien era la secretaria general, Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle. Al unísono certifican bajo la gravedad del juramento el exceso de trabajo en dicho Tribunal durante la época en que la Procuraduría General practicó la visita que dio origen a este proceso disciplinario. Hablan de la mora permanente en los despachos de cada uno de los Magistrados así como del trámite en la Secretaría. El doctor Javier García, por aquella época Presidente de la Corporación, es enfático en afirmar que mientras no se aumente el número de Magistrados "resulta intelectual y materialmente imposible el que se imparta pronta y cumplida justicia y *la mora será el estado normal de todos los despachos*" (se subraya). Agrega igualmente que la circunstancia de no existir Salas de Decisión determina

"que cada Magistrado debe intervenir en el fallo de los procesos que adelantan los otros cinco, lo cual implica una tremenda responsabilidad o desgaste de jurisdicción" (se subraya).

Así mismo tiene especial valor la declaración del doctor Julio César Paz Quevedo, quien le entregó el despacho al doctor Rodrigo Ordóñez un año antes de producirse la visita ocurrida en el mes de noviembre de 1986, y quien admite paladinamente que su oficina tenía *"un cúmulo de negocios"*, dando las explicaciones de la falta de más magistrados, del aumento constante de negocios, la ausencia de Salas especializadas, etc. Este testimonio es complementado con la prueba documental consistente en el acta de visita practicada al antecesor del doctor Roberto Ordóñez (fl. 171) en la cual se puede ver con claridad el excesivo retraso de los negocios con el cual recibió el doctor Ordóñez el despacho: Expedientes para sentencia con más de tres años de demora y otros en la secretaría iniciados con mucha anterioridad, de cuatro y cinco años. Todos esos procesos más los nuevos que le fueron repartidos se evacuaron y ya en el mes de agosto de 1988 (fl. 226), según acta de visita practicada por la Procuraduría General de la República, el doctor Ordóñez se hallaba completamente al día, lo cual denota el gran esfuerzo realizado para llegar a ese resultado.

II. Conforme al Decreto 250 de 1970 en estos procesos se presentan dos clases de faltas de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional que los hace acreedores a sanciones disciplinarias: La falta leve que da lugar a sanciones consistentes en multas y las faltas graves que producen la suspensión en el ejercicio del cargo o la destitución. Mis compañeros de Sala estimaron que en el caso se estaba en presencia de una falta grave que sancionaron con la suspensión de cinco días, decisión ésta que dio lugar a mi cordial discrepancia dado que del conjunto o acervo probatorio no surge con claridad la gravedad de la falta que en mi concepto quedó borrada o extinguida, por decirlo así, frente al excelente desempeño del doctor Ordóñez en el lapso que tuvo a su cargo el despacho de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle.

La circunstancia señalada como objetiva de los negocios que fueron registrados o aprobados y se demoraron en el trámite de mecanografía, firma de los Magistrados y trámites de Secretaría, no alcanzan a empañar la buena labor del Magistrado Ordóñez, si se tiene en cuenta que la visita inicial no hizo el estudio comparativo de los distintos despachos en orden a establecer esa irregular forma de tramitar los fallos que en todo caso obedecía a la práctica tolerada por quienes desempeñaban el cargo de Presidente de la Corporación, actuaciones y omisiones de la Secretaría del Tribunal y de los propios auxiliares del Magistrado. Costumbre que fue corregida como se establece con las actas de visita llevados a cabo posteriormente.

III. Por último es evidente que la sanción adoptada no se compadece con antecedentes jurisprudenciales señalados por el doctor Ro-

berto Ordóñez Ochoa, según los cuales en situación de mayor complejidad llegó a conclusiones más flexibles que la adoptada en el caso controvertido. Así en providencia de 5 de mayo dijo el Tribunal Disciplinario al examinar elementos similares a los presentados aquí, dijo que "si la culpabilidad debe ser un elemento indispensable para la configuración de la falta contraria a la eficacia de la administración de justicia, la mora judicial, para que se considere imputable, debe ser culposa, siendo su factor generador la negligencia del funcionario, y no el simple retraso fáctico derivado de connotaciones estadísticas. Es así como la negligencia consiste en una conducta omisiva contraria a las normas que la regulan, que impone determinada forma de obrar, encaminada a evitar un resultado probable o posible.

"En el ámbito judicial los procesos deben tramitarse con arreglo a los códigos de procedimiento; esto implica que en cada uno de ellos se impone el principio de la legalidad. Pero ocurre que en los despachos judiciales se tramitan simultáneamente varios expedientes, cuyos términos corren por igual. Así se tiene que por lógica, los funcionarios se atrasan ordinariamente en la evacuación de los asuntos a su cuidado, pero por el hecho de que esto ocurra, no es factible admitir la comisión de faltas lesivas a la administración de justicia, cuando se ha demostrado un rendimiento aceptable en el trabajo, teniendo en cuenta la clase, especialidad y volumen de negocios y la calidad de las providencias.

"La contabilización estadística del trabajo sirve como orientación para determinar el número y cantidad de asuntos despachados, pero no viene a demostrar la verdadera calidad del funcionario en lo concerniente a su experiencia, capacidad de trabajo, capacidad de investigación, hábito de estudio y consagración al mismo" (Revista del Tribunal Disciplinario, año 3, volumen 1, pág. 189).

Igualmente en providencia de 10 de mayo de 1983 dijo el Tribunal Disciplinario, entre otras cosas lo siguiente: "La norma que se interpreta no castiga el hecho objetivo de la mora, sino que es indispensable que exista la plena prueba de la responsabilidad del acusado para lo cual hay que analizar en cada caso si hay o no motivos que justifiquen la demora de la tramitación de los respectivos procesos. Lo esencial es indagar si el funcionario acusado fue diligente, acucioso, cumplidor de los deberes que en cada caso la ley le impone, por cuanto si por razón de las circunstancias en que se ve obligado a desempeñar su labor, o por el excesivo recargo de trabajo debido al cúmulo de procesos, o por hechos extraños al funcionario como el que haya recibido numerosos procesos, u otros factores, no puede tramitar todos los procesos dentro de los términos que la ley establece, existe plena justificación dado que nadie es obligado a lo imposible" (Revista del Tribunal Disciplinario, año III, volumen 1, número 3, pág. 201).

Bogotá, 17 de octubre de 1989.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

PROCESOS DISCIPLINARIOS / FUNCIONARIOS O EMPLEADOS RAMA JURISDICCIONAL, MINISTERIO PUBLICO - Régimen aplicable / SANCION DISCIPLINARIA - Naturaleza

Los procesos disciplinarios contra funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional o y del Ministerio Público se adelantan de conformidad con los Decretos-leyes 250 de 1970, 052 de 1987, 1888 y 1975 de 1989. Por consiguiente se rigen por normas diferentes de los Códigos de Procedimiento Penal y Civil y del Código Contencioso Administrativo.
De conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 del Decreto 1888 de 1989, la decisión que en el presente caso impuso una sanción disciplinaria es de carácter administrativo, no sometida a los incidentes judiciales, sino a los recursos que la ley expresamente prescribe contra él y su control jurisdiccional corresponde a la Corte Suprema de Justicia según el artículo 128 del último inciso del Decreto 01 de 1984.

SALA DISCIPLINARIA - Integración / NULIDAD PROCESAL - Falta de competencia

La Sala Disciplinaria fue integrada contrariando la norma vigente en ese momento que imponía hacerlo con tres Consejeros de distintas especialidades, es decir, con miembros de tres secciones diferentes como así se habían conformado las Salas para juzgar a otros funcionarios.
La sentencia que impuso la sanción en el caso sub judice *quebrantó de manera ostensible el artículo 26 de la Constitución, incurriéndose en una nulidad de orden constitucional, insubsanable por absoluta falta de competencia de la Sala Disciplinaria integrada irregularmente.*

Consejo de Estado.— Sala Disciplinaria.— Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación C-092. Proceso seguido por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial contra el Magistrado del Tribunal del Valle del Cauca doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa.

El señor apoderado del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa solicita que se declare "la nulidad de la providencia de 9 de octubre de 1989", mediante la cual se decidió el proceso disciplinario que se adelantó contra éste, como Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

El solicitante invoca los artículos 305, ordinal 1º y 309 del Código de Procedimiento Penal y 152, número 2 del Código de Procedimiento Civil, como también los artículos 87 y 93 del Decreto-ley 052 de 1987, éste sustituido por el artículo 6º del Decreto-ley 1888 de 1989.

Estima que la mencionada providencia fue proferida por esta Sala Disciplinaria sin que estuviera integrada "...por tres Consejeros de diferentes especialidades..." y que por este motivo, está afectada de causal de nulidad, por falta de competencia, de conformidad con las mencionadas disposiciones de los Códigos de Procedimiento Penal y Civil.

Considera que si el artículo 75 del Decreto-ley 052 de 1987 dispone que las normas del Código de Procedimiento Penal son aplicables a los procesos disciplinarios en lo relativo a la "admisibilidad de los medios de prueba, formas de practicarlas y criterios de valoración", en todo lo demás se rigen por las normas del Código Contencioso Administrativo y, en su defecto, por las del Código de Procedimiento Civil, según lo dispuesto por el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

Consideraciones de la Sala:

1. Los procesos disciplinarios contra funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público se adelantan de conformidad con los Decretos-leyes 250 de 1970, 052 de 1987, 1888 y 1975 de 1989. Por consiguiente, se rigen por normas diferentes de los Códigos de Procedimiento Penal y Civil y del Código Contencioso Administrativo.

2. En el caso que ocupa la atención de la Sala la providencia de 9 de octubre del año en curso, puso término al proceso disciplinario adelantado, en única instancia, contra el doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, como Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Pero ninguno de los indicados estatutos contempla la posibilidad de pedir y declarar la nulidad de la providencia que decide el proceso disciplinario. De ahí que tampoco determine las causales de nulidad.

Además, según el artículo 26 de la Constitución Nacional, dichas causales deben ser prescritas directamente por la ley y, por lo mismo, no es posible aplicarlas por extensión o analogía.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 del Decreto 1888 de 1989, la decisión que en el presente caso impuso una sanción disci-

plinaria es de carácter administrativo, no sometida a los incidentes judiciales, sino a los recursos que la ley expresamente prescriba contra él y su control jurisdiccional corresponde a la Corte Suprema de Justicia según el artículo 128 último inciso del Decreto 01 de 1984.

3. Por consiguiente, el incidente propuesto por el señor apoderado del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, para que se declare la nulidad de la providencia de 9 de octubre pasado, es improcedente.

Por lo expuesto, la Sala *resuelve:*

1º No dar curso al incidente propuesto por el señor apoderado del doctor Rodrigo Ordóñez Ochoa, para que se declare la nulidad de la providencia de 9 de octubre pasado, por ser improcedente.

2º En firme esta providencia vuelva el expediente al despacho.
Notifíquese.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, con salvamento de voto.

Nubia González Cerón, Secretaria.

SANCION DISCIPLINARIA - Naturaleza (Salvamento de voto)

La decisión que dispuso la sanción es de naturaleza jurisdiccional y por tanto susceptible del incidente de nulidad conforme al artículo 154 del C. de P. C., aplicable por remisión que a este estatuto hace el artículo 257 del C. C. A.

Expediente número C-092. Procuraduría Delegada Vigilancia Judicial.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Debo deplorar una vez más tener que apartarme del criterio expresado por los demás integrantes de la Sala, en el asunto que ha sido sometido a su estudio. En primer lugar, porque como tuve oportunidad de decirlo en la discusión de la ponencia del auto desestimatorio del incidente de nulidad, la decisión que dispuso la sanción al Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, es de naturaleza jurisdiccional y por lo tanto susceptible de dicho incidente conforme al artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión que a este estatuto hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo. Se trata de una verdadera sentencia con todas sus implicaciones y para la cual se llega luego de un procedimiento que debe ajustarse a las prescripciones del artículo 26 de la Constitución Nacional que a la letra dice:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Y aquí, el segundo reparo de la providencia de la cual me aparto, muy respetuosamente: Acontece que la Sala Disciplinaria fue integrada contrariando la norma vigente en ese momento que imponía hacerlo con tres Consejeros de *distintas especialidades,* es decir, con miembros de tres secciones diferentes como así se habían conformado las Salas para juzgar a otros funcionarios de la misma categoría del doctor Ordóñez en otros procesos similares. Se cita, en vía de ejemplo, el disciplinario adelantado contra un Magistrado del Tribunal de Norte de Santander bajo el número C-108 en el cual participó precisamente la Consejera ponente en este proceso (fallo de 10 de julio de 1989, Consejero ponente doctor Simón Rodríguez).

Indudablemente que el Consejo de Estado venía aplicando claros preceptos que determinaron esta composición especial y *sui generis* de las Salas encargadas del juzgamiento de Magistrados y sus empleados subalternos, como así lo ordenaban las normas que regían el caso en los siguientes términos:

"Dispone el artículo 87 del C. L. 052 de 1987:

"Artículo 87. *Para la función disciplinaria en las corporaciones se designará un Magistrado ponente quien conformará la Sala con otros dos Magistrados de distintas especialidades escogidos por orden alfabético.*

"El artículo 93 del C. C. A., inciso final, dice:

"También tendrá Salas Disciplinarias, cada una integrada por tres consejeros de diferentes especialidades, encargadas de conocer de los procesos por faltas disciplinarias, adelantados contra los Magistrados de los Tribunales Administrativos y los empleados del Consejo de Estado. Estas Salas ejercerán sus funciones de conformidad con lo prescrito por las normas vigentes. Conc: Art. 137 C. N.

"El artículo anterior fue subrogado por el artículo 6º del Decreto-Ley 2288 de 7 de octubre de 1989, cuyo inciso final señala:

"También tendrá Salas Disciplinarias, cada una integrada por tres (3) Consejeros de diferentes especialidades, encargada de conocer de los procesos por faltas disciplinarias adelantados contra los Magistrados de los Tribunales Administrativos y los empleados del Consejo de Estado. Estas Salas ejercerán sus funciones de conformidad con lo prescrito por las normas vigentes...".

Es así como con la sentencia o providencia que impuso la sanción en el caso *sub judice* se quebrantó de manera ostensible el artículo 26 de la Constitución, incurriéndose en una nulidad de orden constitucional, insubsanable, en todo caso, por absoluta falta de competencia de la Sala Disciplinaria integrada irregularmente.

Considero que si se incurrió en un error, éste ha debido repararse, sobre todo si con él se han quebrantado las formas propias del juicio y como se ha dicho, se ha llevado de calle el debido proceso para sancionar a un honorable y competente funcionario, como así lo denota el propio proceso que sirvió de base a la instrucción disciplinaria.

Por último, y a manera de respaldo doctrinario, de uno de los fundamentos de este salvamento de voto, me permito invocar el interesante debate llevado a cabo en el seno de la Academia Nacional de Jurisprudencia en cuya conclusión se anticipó a la definición, acerca de la naturaleza jurídica de estos actos impuesta en la norma vigente, esto es el artículo 51 del Decreto 1888 de 1989, que dice: "Las provi-

dencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios y empleados judiciales son actos jurisdiccionales, no susceptibles de acción contencioso administrativa".

Si bien allí se refería al extinguido Consejo Superior de la Judicatura, las tesis allí expuestas por los doctores Hernando Devis Echandía y Hernando Morales Molina, cobran plena actualidad (Ver Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Enero-Junio de 1981, números 240-42).

Bogotá, dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja.

TITULO XIII

CUESTIONES PROCESALES

RECUSACION / CONCEPTO DEL JUEZ

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que el concepto o consejo que le impide al juez actuar en ejercicio de la función jurisdiccional es el que haya dado por fuera del proceso y ajeno por lo tanto a sus funciones de juzgador, pero que pueda originar un interés, pero jamás, en un auto o en una sentencia anterior, del mismo proceso o de otro, porque dicha interpretación haría imposible la existencia y resolución de los recursos de reposición y apelación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., siete de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2309. Recusación. Actor: La Nación contra Aseguradora Colseguros S. A. (Pavimentaciones Asfálticas Ltda. y Pavimentos Unidos Limitada). Auto.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 144 inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, corresponde a la Sala, resolver el incidente de recusación del Consejero sustanciador, promovido por el señor apoderado de Aseguradora Colseguros S. A.

Antecedentes:

Al despacho del señor Consejero sustanciador llegó el expediente, devuelto por la Sala, al resolver un recurso de súplica y con el fin de que se tramiten las apelaciones interpuestas contra las providencias de 20 de mayo y 5 de agosto de 1988, proferidas por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

El señor apoderado de la parte demandada recusó al señor Consejero sustanciador e invocó para ello el ordinal 12 del artículo 142 del Código de Procedimiento, el cual establece como causal de impedimento:

"12. Haber dado el juez consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo".

Considera que el señor Consejero sustanciador en una providencia de 25 de marzo de 1988 "absolvió una consulta" elevada por el Juzgado Único Nacional de Ejecuciones Fiscales cuando dijo:

"Estando el auto de mandamiento ejecutivo en firme porque la parte ejecutada, o sea la Aseguradora Colseguros S. A. quien era la excepcionante no pidió la reconstrucción del proceso de acuerdo con el procedimiento establecido en el Decreto 3825 de 1985, el juez ejecutor debe continuar el proceso ejecutivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 497 y siguientes del Código de Procedimiento Civil en armonía con el Decreto 01 de 1984".

Lo anterior, a su juicio, determinó que el Juez de Ejecuciones Fiscales procediera a dictar la sentencia de 20 de mayo de 1988 ordenando llevar adelante la ejecución y es respecto de dicha sentencia que ahora debe pronunciarse el señor Consejero, al resolver la apelación pendiente.

Considera, que también en su providencia de 14 de diciembre de 1988, el señor Consejero sustanciador precisó su criterio, cuando dijo:

"En cuanto a la primera providencia se trata de una sentencia, pues así la denomina el artículo 507 del C. de P. C. y se dictó para cumplir por parte del Juzgado el auto de 27 de octubre de 1978 (fl. 373) por el cual se negó la reconstrucción del proceso original que desapareció en el incendio del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, en el cual se decidió por la Sala que la iniciativa para pedir la reconstrucción del expediente destruido era de la excepcionante y no del Juzgado de Ejecuciones Fiscales, conforme a doctrina acogida por la Sala Plena en lo Contencioso de la Corporación. Como consecuencia, no cabía pronunciamiento sobre las excepciones y lo procedente era continuar la ejecución como lo determinó el Juzgado Único Nacional de Ejecuciones Fiscales".

Por otra parte, con relación al auto de 5 de agosto respecto del cual también está pendiente de resolver el recurso de apelación, afirma que ya fue resuelto, pues el Consejero sustanciador en su providencia de 14 de diciembre de 1988 dijo:

"Y en cuanto al segundo auto, tampoco cabe el recuros de apelación pues en el estado actual del proceso, sólo cabe el pago mediante la consignación del capital y demás conceptos según determinación del juez, decisión que ya cumplió la ejecutada al hacer el depósito judicial exigido por el Juzgado. Además, se observa que no hay lesión del interés económico de la ejecutada por cuanto la cuantía exigida por el Juzgado como depósito judicial, es la misma ofrecida por la ejecutada como caución para levantar el embargo".

Cuestiona finalmente:

"Para hacer tal pronunciamiento debe necesariamente el juzgador entrar a estudiar a fondo el asunto debatido, porque no se entiende, dentro de un examen preliminar relativo a la admisión de un recurso de apelación, cómo puede afirmarse, como lo hace el Consejero, '... sólo cabe el pago mediante la consignación del capital y demás conceptos según determinación del juez', cuando la inconformidad de mi mandante radica en el rechazo de una caución que es a todas luces procedente en la forma como fue ofrecida".

Por su parte, el señor Consejero sustanciador, en providencia de 6 de marzo de 1989 no aceptó la recusación, con base en los siguientes planteamientos:

1. La recusación se plantea "...con fundamento en una providencia emitida hace once meses al responder una solicitud contenida en una providencia judicial no recurrida del Juzgado Nacional de Ejecuciones, acerca del trámite procesal a seguir, dado por la Corporación negó la reconstrucción del expediente, 'pero no se pronunció sobre las excepciones' ".

Dicha providencia afirma que la consulta no era procedente, "... pero que estando en firme el auto de mandamiento de pago ejecutivo, por no haberse pedido la reconstrucción por la sociedad excepcionante, el juez debía continuar el proceso, citándole equivocadamente, el artículo 497 del Código de Procedimiento Civil, cuando debió citarse el 507 *ibídem*, lo cual en verdad no es absolver una *'consulta'*, propiamente, ni dar *'consejo'* al juez, sino indicarle cuál era el trámite a seguir en una providencia sujeta a recurso y no por teléfono u otro medio clandestino que es el evento previsto en la norma y que ésta sanciona con la separación del funcionario. Si el *'consejo'* o indicación se dio en una providencia que fue notificada, la ejecutada debió proponer los recursos de ley (fls. 405/406)" (Subrayas del texto).

2. Por otra parte, reitera que: Rechaza la recusación porque si erró al afirmar que las sumas que garantizan el pago de la obligación eran depósitos judiciales hechos por la demandada, cuando tales depósitos los hicieron las entidades financieras al cumplir la orden de embargo, fue el juzgado el que lo indujo a ese error, cuando en auto de 5 de septiembre de 1988 en algunos apartes se refirió al depósito judicial que debía efectuar *la ejecutada* y concluye afirmando que:

"No hubo de parte del suscrito prejuzgamiento alguno, sino un simple error de hecho, que es cosa corriente en la práctica judicial, al punto que el legislador lo ha previsto al señalarlo como causal de casación de las sentencias en asuntos civiles, penales y laborales y no como causal de recusación. Si fuera cierto el criterio del recusante, en todas o casi todas las sentencias de casación en que el Tribunal de Casación, anula o casa la sentencia objeto del recurso, por encontrar

probado un error de hecho o de derecho, debería ordenar el procesamiento criminal de los firmantes de la sentencia anulada, con la consiguiente consecuencia de la parálisis judicial, puesto que cada decisión daría base para la acusación del funcionario. Además si yo aceptara recusación por opiniones emitidas en una providencia judicial sujeta a recurso al conocer de otra originaria de un funcionario de jurisdicción inferior, o al reponer una emanada del Despacho, podría ser recusado o encausado interfiriendo la libertad conceptual del funcionario judicial, contrariándose de ese modo la libertad de conciencia".

Para resolver se considera:

En razón de que la competencia es establecida por la ley y las partes no pueden escoger sus jueces, el legislador ha querido que la función jurisdiccional no se ejerza bajo el influjo de pasiones, de intereses o de afectos que puedan afectar el criterio del funcionario respectivo, restándole imparcialidad e independencia y por ello ha establecido normas tendientes a evitar que el juez o magistrado tenga que decidir, a pesar de hallarse en esa situación, incómoda para él y posiblemente de desconfianza para alguna de las partes.

Dichas normas establecen las causales de impedimento y la figura de la recusación, y ésta última debe fundarse en una de dichas causales.

El artículo 142 ordinal 12 del Código de Procedimiento Civil establece como causal de recusación la de:

"Haber dado el juez consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo".

De conformidad con los argumentos del recurrente, el señor Consejero sustanciador, está impedido para resolver los recursos de apelación que se encuentran pendientes de decisión en su despacho, por haber dado concepto sobre el punto controvertido en dos providencias anteriores, habiéndose configurado el hecho previsto por el citado ordinal 12 del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, como causal de impedimento.

Llama la atención de la Sala, el anterior planteamiento, el cual deja ver un claro propósito dilatorio del procedimiento, toda vez que tanto la doctrina, como la jurisprudencia desde que comenzó a regir dicha norma con la adopción del Código de Procedimiento Civil, ordenada por los Decretos números 1400 y 2019 de 1970, y en forma reiterada, han sostenido que el concepto o consejo que le impide al juez, actuar en ejercicio de la función jurisdiccional es el que haya dado por fuera del proceso y ajeno por lo tanto a sus funciones de juzgador, pero que pueda originar un interés, pero jamás, en un auto o en una sentencia anterior, del mismo proceso o de otro, porque dicha inter-

pretación haría imposible la existencia y resolución de los recursos de reposición y apelación.

No es posible, pretender, con esta causal, invocar un interés intelectual en los razonamientos jurídicos expresados, los cuales en nada impiden la imparcialidad del juez, ya que para que se configure la imposibilidad de actuar, debe tratarse de un interés sustancial en las resultas del proceso o un interés espiritual o moral relacionado con las mismas, el cual no se concreta en el hecho de haber precisado un criterio en una providencia anterior del proceso.

Si el señor apoderado de la parte demandada no estaba de acuerdo con las providencias que ahora invoca como contentivas del "concepto" dado por el señor Consejero sustanciador, ha debido cuestionarlas, en los apartes y con los argumentos respectivos, a través de los recursos de ley pero no luego de transcurrido un tiempo considerable, alegando una causal de recusación.

Lo anterior, con mayor razón, si como ahora lo observa en cuanto a la providencia de 14 de diciembre de 1988 en lo referente a la caución, su argumento se refiere es al aspecto jurídico allí decidido y no a la causal de recusación.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

Resuelve:

No se acepta la recusación propuesta por el apoderado de la Aseguradora Colseguros S. A. contra el señor Consejero sustanciador del presente proceso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase al Despacho del Consejero sustanciador para que continúe el trámite. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACCION DE LESIVIDAD / ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD / BANCO CAFETERO - Naturaleza jurídica

El legislador extraordinario de 1985 no creó una acción especial como la de lesividad, sino que de una manera general consagró la posibilidad de que las autoridades administrativas ejercieran cualquiera de las acciones previstas para impugnar sus propios actos o los de otra entidad pública, pero siempre en condiciones especiales: Con un término propio de caducidad y sin perención del proceso. Definida como entidad pública el Banco Cafetero en normas expresas de la legislación positiva, no puede aceptarse el argumento del a quo *cuando echa de menos la prueba de que el Banco Cafetero sea una empresa comercial del Estado y que sea una entidad pública.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., siete de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2403. Apelación auto de noviembre 2 de 1988 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de timbre nacional, por los años de 1970 a 1976. Actor: Banco Cafetero. Auto.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 2 de noviembre de 1988 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el cual se inadmitió la demanda presentada contra los actos administrativos de la Dirección de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que determinaron el impuesto de timbre por los años gravables de 1970 a 1976 al Banco Cafetero, Sucursal Chapinero.

Antecedentes:

El Banco Cafetero, mediante apoderada, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, presentó demanda contra los actos administrativos,

mediante los cuales la Dirección de Impuestos Nacionales de Bogotá, determinó el impuesto de timbre a cargo de "Banco Cafetero - Sucursal Chapinero, por los años de 1970 a 1976".

En la demanda, se incluyó un capítulo sobre *"oportunidad"* y se afirmó que por tratarse de una entidad pública, el Banco Cafetero disponía de un término de dos años para ejercer la acción, de acuerdo con lo previsto en el inciso 2º del artículo 136 del Decreto 01 de 1984.

Para fundamentar lo anterior expresa que el Banco Cafetero es una empresa industrial y comercial del Estado creado por el Decreto 2314 de 1953, cuyos fondos provienen del Fondo Nacional del Café y que ha sido calificado como entidad pública en los artículos 267 del Decreto 222 de 1983, 27 de la Ley 2ª de 1976, en la Ley 1ª de 1980 y en el Decreto 1376 de abril 30 de 1986.

El auto objeto del recurso:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el auto recurrido, inadmitió la demanda por caducidad de la acción, con base en dos argumentos a saber:

"a) No está probado que el Banco Cafetero sea una empresa industrial y comercial del Estado y menos que sea una *'entidad pública'*, ya que de la lectura de los artículos 267 del Decreto 222 de 1983, artículo 27 de la Ley 2, de 1976 y Ley 1ª de 1980 y Decreto 1376 de 1986, en ninguno de ellos se refiere a la demandante con tal carácter; y

"b) Del texto del decreto que creó el Banco Cafetero, 2314 de septiembre 4 de 1953, surge claramente que, según el artículo 3º, éste *'estará sujeto a las leyes que regulen la industria bancaria en Colombia'* y al pago de todos los impuestos nacionales, departamentales y municipales que graven esta clase de instituciones" (subraya el Tribunal).

Precisa el *a quo* que el Banco Cafetero está sujeto a las leyes que regula la "industria bancaria" y para "...todos estos efectos el Banco actúa como cualquier banco comercial..." y "...cuando actúa como demandante se encuentra sometido exactamente a las mismas normas que los demás bancos comerciales del país".

El recurso interpuesto:

La señora apoderada del Banco Cafetero al interponer y sustentar el recurso de apelación afirma que el citado Banco es una empresa industrial y comercial del Estado de acuerdo con sus normas orgánicas y a la luz de los Decretos 1050 y 3130 de 1968.

E insiste en que como tal, tiene el carácter de entidad pública, de conformidad con los artículos 267 del Decreto 222 de 1983, 27 de la Ley 2ª de 1976, de la Ley 1ª de 1980 y del Decreto 1376 de 1986.

Y como entidad pública que es el término de caducidad para las acciones de restablecimiento del derecho, que ejerza ante esta jurisdicción es de dos años, de conformidad con el artículo 136, inciso 2º del Decreto 01 de 1984.

Consideraciones de la Sala:

La Sala precisa lo siguiente:

El Decreto 01 de 1984, al regular el tema de las acciones a través de las cuales se pueden impugnar las actuaciones administrativas consagró la acción de nulidad, la de restablecimiento del derecho, la de reparación directa y cumplimiento, las relativas a contratos y la de definición de competencias.

No consagró como acción diferente, la que la doctrina ha denominado acción de lesividad, a través de la cual las autoridades administrativas pueden demandar sus actos cuando siendo violatorios de norma superior no pueden ser revocados por su propia decisión, sino que el artículo 149 *ibídem* al regular la "representación de las personas de derecho público" precisó que las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes en los procesos contencioso administrativos y que ellas "podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan".

El artículo 136, inciso 2º, parte final, del mismo Decreto 01 de 1984, al regular la caducidad de las acciones dispuso, con relación a la de restablecimiento del derecho, que "si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos años".

Por su parte, el artículo 148 del citado decreto, en su inciso 4º estableció que en los procesos en los que sean demandante la Nación, una entidad territorial o una descentralizada no opera el fenómeno de la perención.

De acuerdo con las normas anteriores y otras del mismo estatuto que establecen previsiones exclusivas para los particulares, puede afirmarse que el legislador extraordinario de 1984 no creó una acción especial como la de lesividad, sino que de una manera general consagró la posibilidad de que las autoridades administrativas, ejercieran cualquiera de las acciones previstas, para impugnar su propios actos o los de otra entidad pública, pero siempre en condiciones especiales: Con un término propio de caducidad y sin perención del proceso.

En el caso de autos, el Banco Cafetero demanda los actos administrativos por medio de los cuales, la Dirección de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda determinó el impuesto de timbre nacional, a cargo de su Sucursal Chapinero, por los años gravables de 1970 a 1976. Se trata de una típica acción de restablecimiento del derecho que debería tener como término de caducidad el mismo que la ley establece para los particulares.

Sin embargo, encuentra la Sala que ante el texto inadecuado, pero expreso de la norma, no es posible desconocer que la acción de restablecimiento del derecho que ejerzan las entidades públicas caduca en dos años y no en cuatro meses.

El Banco Cafetero ha sido definido como una *empresa industrial y comercial* del Estado, tanto en las normas que lo ubican dentro del correspondiente sector administrativo (Decreto 2420 de 1968, art. 19) como en sus propios estatutos orgánicos aprobados mediante el Decreto 886 de 1969, y como tal tiene el carácter de *entidad pública:* Así lo han dispuesto para diferentes efectos algunas normas de la legislación positiva como el Decreto 222 de 1983, artículo 267. Decreto 130 de 1976, artículo 20 y Decreto 1376 de 1986, artículo 13.

Estando definida su naturaleza jurídica en normas expresas de la legislación positiva, no puede aceptarse el argumento del *a quo* cuando echa de menos la prueba de que el Banco Cafetero sea una empresa comercial del Estado y que sea una entidad pública.

El tribunal también argumentó que el Banco Cafetero desde su creación "está sujeto a las leyes que regulen la industria bancaria" y ello es cierto, pero se refiere al régimen jurídico aplicable a su actividad comercial y no a las normas relacionadas con las acciones ante la jurisdicción administrativa. La causa de la desigualdad que observa el *a quo*, es la inadecuada regulación del ya comentado artículo 136 del Decreto 01 de 1984, que no permite una conclusión diferente a la de que si el Banco Cafetero es una entidad pública, tiene dos años para ejercer una acción de restablecimiento de uno de sus derechos.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

Resuelve:

Revócase el auto apelado.

Acéptase la demanda.

El tribunal procederá a dar cumplimiento a lo previsto en los ordinales 1º a 4º del artículo 207 del Decreto 01 de 1984.

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, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CURADURIA - Discernimiento / CURADOR - Facultades

El curador representa al pupilo en todos los actos jurídicos o extrajudiciales que le conciernan a éste, principalmente cuando pueden menoscabar sus derechos, y es evidente que teniendo los menores el derecho de acción para pretender el resarcimiento reclamado, no podía el curador esperar para proponer la demanda ni un día más, so pena de la extinción de la acción por caducidad. Esta carga la tiene no sólo el curador en debida forma sino también el putativo o aparente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5585 (365). Actor: Gustavo Cervera Pacheco.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto de 9 de septiembre de 1988 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, mediante el cual se inadmitió la demanda.

Para resolver *se considera:*

El *a quo* decidió no dar vía libre al libelo introductorio, en el cual los menores José Nelson y John Jairo González Cervera demandaron mediante poder otorgado por su curador dativo provisional, porque en ninguna parte aparece constancia de que dicho cargo se le haya discernido y si no se ha cumplido tal requisito, el guardador no puede ejercerlo, tal como lo dispone el artículo 463 del Código Civil..." (fl. 56, cuaderno 1). Agregó el tribunal que el apoderado constituido por el curador propuso la demanda "...en nombre de los menores 'John Nelson y John Jairo González Cervera' sin que tenga poder para hablar en nombre del menor 'John Nelson', toda vez que los menores que confieren poder por intermedio de su curador son José Nelson y John Jairo González Cervera" (fls. 56 y 57, cuaderno 1). Finalmente señaló el tribunal que por haberse presentado la demanda justamente al vencimiento de los dos años de caducidad de la acción no era po-

sible la corrección autorizada en el artículo 143 del C. C. A., por razones de caducidad.

El apoderado de la parte actora recurrió en apelación, conforme a memorial presentado el día 18 de octubre de 1988 y manifestó: "... que el curador, aún sin haberle sido discernido el cargo, puede ejercer actos en favor de sus representados, tal y como lo dispone el artículo 467 del Código Civil", a pesar de que les atribuya la calidad de nulos, pero que tal invalidez es relativa, porque una vez obtenido el discernimiento se validarán los actos anteriores, de cuyo retardo hubiere podido resultar perjuicio al pupilo; "y, reiteró que como tal acto tiene la calidad de nulo relativamente, no puede ser decretado en forma oficiosa por el juez, sino que es una potestad exclusiva de una de las partes que se encuentren en conflicto; ni siquiera puede ser pedida por el Ministerio Público en interés de la ley..." según el artículo 1743 del C. C. (fls. 59 y 60, cuaderno 1).

En cuanto al otro aspecto del auto apelado, el apoderado consideró inconcebible que el honorable tribunal prefiera sacrificar el derecho sustantivo por la forma, "en aras de proteger un rigorismo excesivo, que lo único que conlleva es echar por la borda la verdadera administración de justicia y aún más, teniendo en cuenta que se incurrió fue en un error al elaborar la demanda, que en ningún momento implica que se trate de otra persona diferente a la que verdaderamente está representado el señor Gustavo Cervera Pacheco, y que se encuentra ratificado todavía más en la certificación en la que consta que se le nombra a él como curador de los menores José Nelson y John Jairo González Cervera" (fl. 60, cuaderno 1).

Observa la Sala que según el artículo 468 del Código Civil "en cuanto fuere absolutamente necesario" o en casos de urgencia evidente, puede obrar el curador provisional, aún sin habérsele discernido el cargo. Observa, además, que la nulidad de sus actos es relativa (art. 1741, C. C.) y, por lo tanto, no puede ser oficiosamente considerada por el juez, según los términos del artículo 1743, inciso primero del C. C. que dice:

> "La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por su herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes".

El curador representa al pupilo en todos los actos jurídicos o extrajudiciales que le conciernan a éste, principalmente cuando pueden menoscabar sus derechos (art. 480, C. C.) y es evidente que teniendo los menores el derecho de acción para pretender el resarcimiento reclamado, no podía el curador esperar para proponer la demanda ni

un día más, so pena de la extinción de la acción, por caducidad de la misma, máxime cuando el artículo 498 del Código Civil dispuso que el tutor curador debe tener "especial cuidado de interrumpir las prescripciones que puedan correr contra el pupilo". Esta carga la tiene no sólo el curador en debida forma sino también el putativo o aparente, so pena de responder por los perjuicios que sus omisiones le irroguen al pupilo (art. 515, C. C.).

Por lo demás, lo precedentemente expuesto consulta el espíritu general de la legislación sobre incapaces, deducida no sólo de las normas ya indicadas sino también de lo estatuido en el artículo 516 del C. C. que reza:

> "El que en caso de necesidad, y por amparar al pupilo, toma la administración de los bienes de éste, ocurrirá al prefecto inmediatamente para que provea a la tutela o curaduría y *mientras tanto procederá como agente oficioso* y tendrá solamente las obligaciones y derechos de tal. *Todo retardo* voluntario en ocurrir al prefecto, *le hará responsable hasta de la culpa levísima*".

Pero, a más de lo anterior, ya obra en el plenario, aportada por el recurrente, fotocopia debidamente autenticada del decreto de discernimiento del cargo de curador de los mencionados menores al señor Gustavo Cervera Pacheco, decreto que lleva fecha de 16 de septiembre de 1987.

Como aún no se ha trabado la relación jurídico procesal con la parte accionada, pues ni siquiera se ha admitido la demanda, nada impide que al expediente se alleguen más pruebas o documentos después de presentada la demanda y sin formalidad alguna, porque los principios de publicidad y contradicción de la prueba tendrán cumplido efecto a partir de la vinculación al proceso de la otra parte.

Lo anteriormente expresado sobre las facultades del curador, son suficiente soporte para que la inadmisión de la demanda, por el aspecto comentado, deba revocarse.

En cuanto al otro hecho aducido en la providencia recurrida, el cambio de nombre de uno de los menores, José Nelson, y no John Nelson, en unos apartes de la demanda encuentra la Sala que son errores mecanográficos intrascendentes, si por otro lado, aparece plenamente demostrado en el expediente quién es el demandante. En efecto, con el registro civil de nacimiento, con el certificado inicial del Juzgado Segundo Civil de Menores de Ibagué, con el decreto de discernimiento del cargo de curador y con el poder, se sabe con certeza que el demandante es el menor José Nelson. Además de que dentro del contexto de la misma demanda, se corrigió el error, pues también se habló de José Nelson, para lo relacionado con la acción; y ésto es lo importante, señalar y citar a la verdadera persona.

Lo anteriormente expresado es suficiente para revocar el auto impugnado y ordenar en su reemplazo, la admisión de la demanda.

En consecuencia *se resuelve:*

Primero: Revócase el auto impugnado, inadmisorio de la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, y fechado el 9 de septiembre de 1988, y en su lugar *se dispone:*

Admítase la demanda presentada por Gustavo Cervera Pacheco en su condición de curador de los menores: José Nelson y John Jairo González Cervera contra la Nación colombiana, el Departamento del Tolima y el Municipio de Armero (Armero-Guayabal).

Notifíquese personalmente esta providencia al agente del Ministerio Público, al Ministro de Gobierno, al Gobernador del Tolima y al alcalde de Armero-Guayabal, mediante comisionado en cuanto haya lugar a ello.

Fíjese en lista por el término de diez (10) días para los efectos legales de rigor.

Segundo: Devuélvase el expediente al tribunal de origen que cumplirá las anteriores previsiones.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha trece (13) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RECURSO DE APELACION - Presentación

El escrito del recurso de apelación debe ser presentado personalmente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente número 0312. Apelación sentencia. Actores: Víctor Eduardo Prado Delgado y Luis Angel Martínez Sendoya.

I

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, mediante procurador judicial, dentro de la oportunidad procesal (fls. 346 vto. y 347, cuaderno número 1), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima de fecha veinticuatro (24) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), mediante la cual se resolvió declarar probada la excepción de inepta demanda y en consecuencia inhibirse para decidir el fondo del asunto.

II

Antecedentes:

Los ciudadanos Víctor Eduardo Prado Delgado y Luis Angel Martínez Sendoya, en ejercicio de la acción pública electoral demandaron ante el mencionado tribunal la nulidad del acto de declaratoria de elección del señor Misael Ramírez Ortiz, como alcalde del municipio de Alvarado; la nulidad del acta de escrutinio general y que como consecuencia de lo anterior se ordenara la realización de nuevos escrutinios para excluir del cómputo general de votos que no correspondan a sufragantes debidamente inscritos, tanto para alcalde municipal como para concejo y se declarara el verdadero resultado de ambas elecciones; se declarara electo al candidato que obtuvo la mayoría correcta de

votos y que si ello no fuere posible se ordenara al señor Gobernador del Departamento para que dispusiera lo conducente según la ley.

2. Como hechos enuncian los que obran de folios 7 a 10 del cuaderno número 1.

3. Citan como normas violadas y desarrollan el concepto de violación que obran de folios 10 a 11 del cuaderno número 1.

4. Como se indicó *ab initio*, el tribunal *a quo* decidió declarar probada la excepción de inepta demanda y, en consecuencia, inhibirse para decidir de mérito sobre las pretensiones de la demanda.

5. El personero judicial de los demandantes sustenta el recurso en la memoria que obra de folios 354 a 357 del cuaderno número 1.

6. El señor Fiscal Séptimo de la Corporación emitió el concepto de fondo como aparece de folios 361 a 365 del cuaderno número 1, en el que solicita, como conclusión de sus razonamientos, la confirmación de la sentencia apelada.

III

Se considera:

1. Los artículos 181 y 250 del C. C. A. que reglan el recurso de apelación contra las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos no señalan los requisitos que debe reunir este recurso. Empero, el artículo 52 *ibídem*, que los señala para los recursos que caben en la vía gubernativa contra las decisiones de carácter administrativo, recursos que comprenden el de apelación, en su numeral 1º exige, entre otras formalidades, la presentación personal por el interesado o su representante o apoderado.

2. El artículo 267 *ejusdem* remite a la preceptiva del C. de P. C. —en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa— para aplicarla a los aspectos no contemplados en el C. C. A.

Con arreglo a lo estatuido por la norma precedente, y no obstante que los requisitos del recurso de apelación están consagrados en norma que pertenece a la primera parte del C. C. A., en el Título Segundo relativo a la vía gubernativa (recursos), es incuestionable para la Sala que la aplicación analógica debe ser, en primer lugar, la del artículo 52 de dicho estatuto.

3. Mas, aún en el entendimiento de que las normas aplicables por analogía no fuere la indicada en último término, sino las del C. de P. C., por remisión del artículo 267 del C. C. A., como se infiere del

artículo 107 de aquél, el escrito del recurso de apelación debe ser presentado personalmente.

En efecto, el inciso segundo del artículo 107 del C. de P. C., estatuye:

> "Los escritos dirigidos al juez por quien se halle ausente del lugar del proceso, deberán presentarse personalmente ante juez, notario o autoridad política del lugar de su presentación".

Del texto transcrito, en armonía con el inciso primero del aludido artículo se infiere que, aunque dicha presentación no suple la entrega del escrito del recurso ante el juez que dictó la providencia sí reemplaza la presentación personal del escrito. Luego ésta es exigencia inexcusable.

4. A folio 347 del cuaderno número 1, se encuentra el escrito de interposición del recurso de apelación objeto de examen; en el mismo folio se lee la constancia secretarial siguiente:

> *"Tribunal Administrativo del Tolima*
>
> "Ibagué, abril 27 de 1989. El presente memorial fue recibido en la fecha *sin haber sido presentado personalmente* por quien lo suscribe. Se agrega al proceso correspondiente. Oportunamente pasará al Despacho" (subraya la Sala).
>
> "(Fdo.) Jesús Antonio Ospina Sánchez, Secretario".

Así las cosas, habrá de inadmitirse el recurso de apelación interpuesto, por no ajustarse a la exigencia de haber sido presentado personalmente por el procurador judicial de los demandantes.

En mérito de lo expuesto, oído el concepto fiscal y en desacuerdo con él ,el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

Resuelve:

Primero: Inadmítese el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por la cual se resolvió declarar probada la excepción de inepta demanda y en consecuencia inhibirse para decidir el fondo del asunto.

Segundo: Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Jorge Penen Deltieure, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION DE REPARACION DIRECTA / CADUCIDAD

Como el inciso 4º del artículo 136 del C. C. A. redujo el término de tres años del Decreto 528 de 1964 (art. 28) a dos, cuando se presentó la demanda ya en vigencia del nuevo Código Administrativo, hay que concluir, por fuerza, que su presentación fue extemporánea, porque el plazo venció a los dos años de vigencia del Código Administrativo.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5500. Indemnizaciones. Actor: Marco Aurelio Bonilla y otra.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Caja de Vivienda Popular de Ibagué) contra la sentencia de 2 de julio de 1988 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

> "*Primero: Declárase* no probadas las excepciones de 'ineptitud sustantiva de la demanda', y de 'caducidad de la acción, propuestas por la entidad demandada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia'.
>
> "*Segundo: Declárase* no probada la objeción por error grave al dictamen pericial.
>
> "*Tercero: Declarar* que la Caja de Vivienda Popular de Ibagué (CAVIBAGUE), es administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados a los demandantes Marco Aurelio Bonilla Parra y Carmen Sofía Martínez de Bonilla, con los actos administrativos llevado a cabo por dicha entidad.
>
> "*Cuarto: Condenar* a la Caja de Vivienda Popular de Ibagué (CAVIBAGUE), a pagar a los señores Marco Aurelio Bonilla Parra y Carmen Sofía Martínez de Bonilla, la suma de ocho millones trescientos setenta y cuatro mil pesos

($ 8.374.000.00) moneda corriente, por concepto de lucro cesante; y cinco millones ciento seis mil cincuenta y ocho pesos con cincuenta centavos ($ 5.106.058.50) moneda corriente, por concepto del daño emergente.

"*Quinto*. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

"*Sexto:* La Caja de Vivienda Popular de Ibagué (CAVIBAGUE), deberá dar cumplimiento a esta sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del C. C. A.

"*Séptimo:* Comuníquese esta sentencia a las autoridades respectivas".

En el libelo, presentado el 29 de octubre de 1986, la parte actora solicitó:

"Además de la declaratoria de su *responsabilidad administrativa* por el *hecho*, solicito que la Caja de Vivienda Popular de Ibagué (CAVIBAGUE), entidad descentralizada del orden municipal, creada por acuerdo del honorable Concejo Municipal, con fundamento en las razones de hecho y de derecho que se exponen en la presente demanda, sea condenada al pago a los perjudicados Marco Aurelio Bonilla Parra y Carmen Sofía Martínez de Parra, de las siguientes indemnizaciones, lucro cesante, daño emergente, perjuicios materiales y morales:

"a) Valor del seguro contra incendio y rayo que se reclamaba y que debía cancelar la Compañía de Seguros 'Colpatria Compañía de Seguros Patria S. A.' según póliza número 40682 de fecha 11 de abril de 1979, valor asegurado que se reclamaba según informe de ajuste e inspecciones oculares consignadas en la demanda instaurada por el apoderado Armando J. Suárez de la Hoz ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, admitida el 7 de diciembre de 1982, copia de la cual se acompaña, por valor de cuatro millones trescientos seis mil cincuenta y ocho pesos con 80 centavos ($ 4.306.058.80) moneda colombiana;

"b) Lucro cesante, consistente en las utilidades económicas que dejaron de percibir mis mandantes Marco Aurelio Bonilla Parra y Carmen Sofía Martínez de Parra, por su actividad comercial, durante el período comprendido entre el 4 de junio de 1979, fecha en que se registró el incendio, y el cuatro (4) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), fecha en que se hizo devolución real y material de los locales a los esposos Bonilla-Martínez. Dentro de este período se cuenta el tramo comprendido entre el 18 de mayo de 1983, fecha en que los locales fueron adjudicados en arren-

damiento y entregados sin beneficio de inventario a los hermanos Arsenio y Delio Bonilla Parra, y el mismo cuatro (4) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), en que la entidad CAVIBAGUE, luego de revocar la resolución y el contrato celebrado iletalmente contra los hermanos Bonilla Parra citados, restablecieron parcialmente en sus derechos y posesión al matrimonio Bonilla Martínez. Para liquidar este lucro cesante con todo respeto solicito al honorable Tribunal Administrativo designar los correspondientes peritos para que rindan su dictamen comercial, tomando como punto de referencia el respectivo movimiento mediante los Extractos Bancarios, que aparecen en la demanda incoada ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué. Así mismo, que se soliciten al Banco de Bogotá los extractos en que se refleja el movimiento mensual, durante el último año de labores, comprendido de 5 de junio de 1978 al 4 de junio de 1979, fecha de realización del incendio, y sobre ese movimiento bancario, que no refleja en su totalidad el movimiento real ya que eran muchos los pagos y compras que se hacían con el dinero efectivo que se recaudaba por concepto de ventas, pero que es el más veraz punto de referencia, se liquide el porcentaje de utilidad comercial que se obtiene en el renglón comercial de compraventa de carnes, pollos, huevos y similares en un negocio de este tipo y de este volumen. Razonadamente estimo una utilidad del veinte por ciento (20%) sobre un movimiento mensual de un millón de pesos ($ 1.000.000.00). Hubo meses con más de dos millones de pesos de movimiento. Así, con una utilidad mensual de doscientos mil pesos ($ 200.000.00), tenemos que en los cincuenta y tres (53) meses transcurridos entre el 4 de junio de 1979 (fecha del incendio) y el 4 de noviembre de 1983 (fecha de la devolución del predio), se habría dejado de percibir un lucro cesante de diez millones seiscientos mil pesos ($ 10.600.000.00) aproximadamente. Desde luego, la liquidación definitiva, con base en las cifras exactas que arroje el movimiento bancario, será elaborada por el honorable tribunal y los peritos que sean designados para el efecto. Debo aclarar, y este es un punto muy importante, que si bien el establecimiento comercial denominado Gran Fama de Carnes 'MONTERREY' se llevaban libros mayores y auxiliares de contabilidad puesto que el negocio estaba registrado en la Cámara de Comercio según constancia adjunta, estos libros, por ser el papel un material tan fungible, fueron los primeros en desaparecer presas de las llamas y por tal motivo es imposible acudir a ellos. En el proceso adelantado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito, tendiente a obtener el pago del seguro contra incendio, fue necesario reconstruir el movimiento contable con la asesoría de un contador y con base en los extractos bancarios. Dentro del término de prueba solicito al hono-

rable tribunal oficiar al Juzgado Primero Civil del Circuito para que estos documentos sean allegados al expediente;

"c) Daño emergente, consistente en los elementos que se perdieron como consecuencia del incendio y de la ocupación indebida de los locales, como también los daños inferidos a la construcción y a las mejoras propiedad de mis poderdantes, que tentativamente estimo en la suma de dos millones de pesos ($ 2.000.000.00), quedando la fijación de su valor definitivo al dictamen de los peritos que el honorable tribunal se sirva designar para el efecto, y los que deberán practicar la correspondiente inspección judicial y el avalúo de los daños de carácter material ocasionados al establecimiento. La relación de los elementos, muebles y enseres, herramienta y equipo, utensilios y adminículos del negocio y de la vivienda (2º y tercer piso), se encuentra en el proceso adelantado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito. Dentro del término probatorio ruego al honorable tribunal solicitar estos documentos;

"d) Perjuicios morales, como consecuencia de las investigaciones criminales en que se vio envuelto Marco Aurelio Bonilla Parra. Por parte de la Compañía de Seguros COLPATRIA Compañía de Seguros Patria S. A. empeñada en responsabilizarlo penalmente del incendio, lo que determinó que se le dañara su crédito comercial al sufrir menoscabo en su buena reputación y en su imagen como comerciante honesto, respetable y responsable. CAVIBAGUE con su actuación incalificable y arbitraria, impidió que este proceso, como el civil que se adelantaba contra la compañía, tuviera un desenvolvimiento normal para los intereses del afectado, por haber hecho desaparecer el cuerpo del delito y haber colocado en estado de indefensión económica y moral a mi mandante, lo que le impidió la legítima defensa y el debido proceso conforme al artículo 26 de la Constitución Nacional. La prueba de que Marco Aurelio Bonilla Parra no tuvo ninguna responsabilidad penal en el siniestro, que hoy, casi siete años después de ocurrido, el Juzgado Quinto Penal del Circuito, donde se encuentra el expediente, no lo haya detenido preventivamente, ni llamado a juicio, ni mucho menos condenado a pena alguna privando de la libertad. Antes por el contrario, todo parece indicar que el negocio fue archivado por falta de mérito, lo que hace resplandecer la conducta de Marco Aurelio Bonilla Parra. Solicitaré en la oportunidad procesal que la providencia de fondo sea allegada al expediente. Estimo, salvo mejor concepto del honorable tribunal los perjuicios de carácter moral que le fueron irrogados en este caso a Marco Aurelio Bonilla Parra, en la suma de cinco millones de pesos ($ 5.000.000.00) moneda legal".

Los fundamentos de hecho aparecen bien sintetizados por la fiscalía de la Corporación, en los siguientes términos:

> "Los demandantes fueron por varios años arrendatarios de unos inmuebles de la entidad demandada. En abril de 1979 tomaron un seguro contra incendio y en junio del mismo año se produce el siniestro. Al formular la correspondiente reclamación indemnizatoria en la aseguradora, ésta se negó a pagar originando así un proceso ordinario civil que, en últimas, concluyó con la declaratoria de caducidad. En 1983 la demandada, por Resolución 006 de 18 de mayo, declaró resuelto el contrato de arrendamiento que tenía con los demandantes alegando la existencia de mora en el pago de los cánones atrasados y dispuso la entrega de los inmuebles a nuevos arrendatarios. Posteriormente el 4 de noviembre de 1983 la misma demandada revocó su resolución mencionada y determinó restituir los inmuebles a los actores, lo cual efectuó el día 4 de noviembre de 1983".

El *a quo* para dictar su fallo condenatorio declaró no probadas las excepciones propuestas de ineptitud sustantiva de la demanda y caducidad de la acción y estimó que se habían probado los supuestos de la responsabilidad por la falla del servicio.

Descontenta la entidad pública con la decisión interpuso el recurso de apelación.

Cumplido el trámite es oportuno entrar a decidir. Para ello se considera:

Estima la Fiscalía que el fallo en cuestión merece ser revocado para en su lugar declarar caducada la acción propuesta. De su vista de mayo 22 de 1989 (a fls. 353 y ss.) se destaca:

> "Por su parte el recurrente sostiene que no es el 4 de noviembre la fecha que debe tenerse en cuenta para contar el plazo de caducidad, sino que debe ser el 18 de mayo de 1983 cuando los demandantes fueron despojados de los inmuebles.
>
> "Pues bien, la acción de reparación directa y cumplimiento ejercida en el presente asunto, al tenor del artículo 136 tiene una caducidad que se cumple al vencimiento de dos años 'contados a partir de la producción del acto o hecho'. Quiere decir lo anterior que el hecho dañoso sobre el cual se basa la demanda se produjo el 18 de mayo de 1983 cuando se llevó a cabo el despojo, cuando los demandantes perdieron la tenencia de los bienes recibidos en arrendamiento. Esta fecha es la que toma en cuenta este despacho para contabilizar los términos de caducidad y no la de restitución, pues

no fue cuando se devolvieron los bienes que tuvo lugar 'la producción del acto o hecho' que origina la reparación.

"Ahora bien, tomando en cuenta una u otra fecha, estima la Fiscalía que hay lugar a declarar probada la caducidad propuesta. En efecto:

"La demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo del Tolima el día 29 de octubre de 1986 (fl. 230). Entre esta fecha y las de los hechos que las partes respectivamente dan como generadores de los perjuicios, contando hacia atrás, se tienen 3 años, 4 meses y 11 días hasta el 18 de mayo de 1983 y de 2 años, 11 meses y 25 días hasta el 4 de noviembre de 1983, es decir, que con una u otra fecha que se tome en consideración, la conclusión es igual: Al presentarse la demanda ya estaba caducada la acción.

"Sobre el cómputo del término para efectos de la caducidad se ha dicho por esta Fiscalía en anteriores ocasiones que en aquellos casos en los que la controversia surgió con anterioridad a la vigencia del actual ordenamiento administrativo y no fue demandada, como en el asunto que se estudia, tal situación quedó regulada por la caducidad de dos años que se iniciaron el 1º de marzo de 1984, cuando empezó a regir el nuevo código, lo cual significa que el plazo máximo para que los demandantes accionaran ante esta jurisdicción vencía el 1º de marzo de 1986, de donde se concluye que habiéndose demandado el 29 de octubre del mismo año, se actuó con una extemporaneidad de 8 meses y 29 días, lo que lleva a pedir la declaratoria de caducidad.

"Cabe señalar que aún en el supuesto de aplicar a este caso la caducidad de tres años como lo plantea la demanda y lo hace el tribunal, teniendo en cuenta, como antes se dijo, el término de tres años para accionar, éste venció el 18 de marzo de 1986, vale decir, que la demanda se presentó con 7 meses y 11 días de extemporaneidad".

Para la Sala asiste la razón al Ministerio Público.

El asunto es de claridad manifiesta e impresiona que el tribunal no lo haya visto así. Además, la argumentación del fallo de primera instancia, luego de transcribir apartes del auto de 13 de mayo de 1982, que hacía referencia a una situación fáctica diferente a la propuesta, concluye en forma incoherente, imprecisa y contradictoria, de la siguiente manera:

"Como el hecho dañoso alegado por los demandantes, tuvo su culminación con la restitución de los muebles e inmuebles, hasta el día 4 de noviembre de 1983, de acuerdo a

las pruebas allegadas al proceso, luego se tiene que dicha excepción prospera por esta circunstancia".

Se afirma la forma contradictoria porque en la motivación se anota que la excepción prospera y en la resolutiva se dispone lo contrario. Por otro lado, el tribunal resolvió el punto olvidando que el 1º de marzo de 1984 empezó a regir el nuevo Código Administrativo que reguló el punto de las caducidades de manera diferente.

Acepta el tribunal que como el hecho dañoso tuvo su culminación el 4 de noviembre de 1983 y la demanda se presentó el 29 de octubre de 1986, no se había producido el fenómeno de la caducidad. Aunque no lo dice el *a quo* debió aplicar el término de caducidad de tres años señalado para las acciones de reparación directa en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964.

Pues bien. Si no se hubiera expedido el nuevo Código Administrativo tendría la razón el tribunal. Pero olvidó éste que el 1º de marzo de 1984 empezó a regir un nuevo estatuto, contenido en el Decreto 01 de ese mismo año, el que redujo el término de caducidad señalado en tres años por el Decreto 528, a dos (art. 136, inciso 4º del C. C. A.).

Y en múltiples oportunidades esta Sala ha manejado el problema de la vigencia de la ley en el tiempo, con relación a asuntos similares, en los que la demanda de responsabilidad, por hechos acaecidos con anterioridad al nuevo código, se presenta durante la vigencia de éste.

Y tal fue la situación planteada. Sea que la fecha de la ocurrencia del evento perjudicial haya sido el 18 de mayo de 1983 (fecha del despojo y de la pérdida de la tenencia de los bienes recibidos en arrendamiento) o el 4 de noviembre de ese mismo año (culminación del hecho dañoso por la restitución de los inmuebles) la operancia de la caducidad es indiscutible.

La Sala reitera su posición jurisprudencial expuesta en múltiples proveídos. Así, en sentencia de mayo 22 de 1987 expuso:

"a) Los asuntos de reparación directa venían sometidos al término de caducidad de 3 años, señalado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial;

"b) El nuevo Código Administrativo redujo ese término a dos años (art. 136, inciso 4º);

"c) La aplicación de esta norma es sólo para el futuro y en principio únicamente para la caducidad de las acciones derivadas de hechos ocurridos después de 1º de marzo de 1984 (iniciación de la vigencia del código);

"d) La caducidad de las acciones por hechos anteriores está gobernada, por regla general, por el artículo 28 del Decreto 528. Pero como no puede alegarse un derecho adquirido a un determinado término procesal, como es el de caducidad, la regla que lo modifica es de aplicación inmediata.

"De allí que si cuando empezó a regir el Código Administrativo faltaba por correr menos de los 2 años señalados en éste, la caducidad se gobierna en un todo por el término vigente cuando ocurrió el hecho perjudicial; pero si faltaban más de dos años y no se había presentado la demanda, ésta tenía que formularse a más tardar el 1º de marzo de 1986, fecha de vencimiento del nuevo plazo.

"Se entiende esto no sólo por el efecto inmediato y hacia el futuro que tienen las normas procesales, sino porque el principio contenido en el artículo 41 de la Ley 153 de 1987 sólo es aplicable en materia de prescripción, que le permite al prescribiente optar entre uno y otro término, según su conveniencia".

Aplicando estas ideas al caso *sub judice*, se observa:

El hecho perjudicial (culminación del evento dañoso, según el tribunal o punto de partida para contar la caducidad, según la parte actora) acaeció el 4 de noviembre de 1983. Si el Código Administrativo (Decreto 01 de 1984) no se hubiera expedido o no hubiera cambiado el término de caducidad de estas acciones, la demanda inicial de este proceso se habría podido presentar hasta el 4 de noviembre de 1986. Vale decir, que la presentación que se hizo el 29 de octubre de este último año, habría interrumpido la caducidad. Pero como el inciso 4º del artículo 136 del C. C. A. redujo el término de tres años del Decreto 528 de 1964 (art. 28) a dos, cuando se presentó la demanda ese 29 de octubre de 1986, ya en vigencia del nuevo Código Administrativo, hay que concluir, por fuerza, que su presentación fue extemporánea, porque el plazo venció el 1º de marzo de 1986, o sea a los dos años de vigencia del Código Administrativo.

En otras palabras, como el 1º de marzo de 1984 aún no se había de caducidad, ésta no podía extenderse más allá de los dos años exigidos caducidad, ésta no podía extenderse más allá de los dos años exigidos en el nuevo código.

Como se observa, la Sala comparte en su integridad el concepto fiscal que estima la operancia de la caducidad en el caso *sub judice*, en cualquiera de las dos hipótesis planteadas; o sea en relación con el 18 de mayo de 1983, fecha en la que los demandantes afirman haber perdido la tenencia del bien arrendado; o bien frente al 4 de noviembre de ese mismo año, evento de culminación, según la demanda, del daño sufrido por los actores.

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:

Revócase en todas sus partes la sentencia de 2 de julio de 1988, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima. En su lugar, declárase que se operó el fenómeno de la caducidad de la acción de reparación directa propuesta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 4 de agosto de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo,* ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PRINCIPIO DE IMPULSO OFICIOSO - Objeto / PRUEBA DOCUMENTAL / LEGITIMACION EN LA CAUSA

Cualquiera que sea el criterio sobre el alcance del juez de decretar pruebas de oficio debe tenerse en cuenta que su propósito no es suplir o subsanar deficiencias probatorias de las partes ni puede el juez, en virtud de ellas, variar la particular posición que aquellas asumieron en el proceso, como sería el de convertir en demandadas a quienes escogieron ser demandantes o determinar que están pidiendo para otros cuando lo hacen para sí.
Los documentos públicos o privados constituyen medios probatorios de los hechos a que ellos se refieren o de la manifestación del pensamiento en él contenida.

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

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5602. Actor: Sociedad SERVITRIPLEX LTDA. y otros.

Conoce la Sala por vía de apelación la sentencia de 28 de julio de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 131 a 150, cuaderno 1). El recurso fue interpuesto por los demandantes.

I. Antecedentes:

1º La sociedad SERVITRIPLEX LTDA. y el señor Luis Alfonso Aguilar Bohórquez, mediante demanda presentada el 27 de febrero de 1985, solicitó que se declarara a la Empresa Distrital de Servicios Públicos "EDIS" responsable de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, "como consecuencia de las fallas de acción y omisión del conductor oficial del camión número 821 y del empleado que conducía tal camión al momento del accidente ocurrido el día sábado 31 de marzo de 1984, en las horas de la noche" y que, por tanto, se condenara a la citada entidad descentralizada del orden municipal a pagarles los daños materiales ocasionados.

2º Los hechos de la demanda se pueden sintetizar así:

a) En la fecha indicada, un camión recolector de basuras de propiedad de la entidad demandada "se estrelló contra la fachada del inmueble ubicado en la carrera 86 número 45-28 sur" de Bogotá;

b) En el tiempo previo al accidente, los tripulantes del camión estuvieron consumiendo bebidas alcohólicas en una tienda del barrio Britalia. El conductor "muy embriagado, le entregó las llaves a su ayudante y se fue en un taxi para su casa. El ayudante salió de la tienda con sus acompañantes, tomó la Avenida 86 de sur a norte a alta velocidad, estrelló un automóvil taxi, marca Renault, de color negro de placas SE-0221, perdió el control y fue a incrustarse contra la edificación de Luis Aguilar donde funcionaba 'SERVITRIPLEX LTDA.' ";

c) La empresa demandada fue informada de la ocurrencia de los hechos y manifestó que la Gerencia de la entidad había comisionado a un ingeniero para inspeccionar la magnitud de los daños, "agregando que el vehículo se encontraba asegurado";

d) "La demandada no ha pagado a los demandantes ninguna suma por concepto de los daños infringidos a sus bienes".

3º La entidad demandada, se hizo presente en el proceso a través de apoderado judicial especial sin contestar la demanda pero sí alegando de conclusión y durante la segunda instancia, oponiéndose a las pretensiones de los actores.

4º A la demanda se acompañó, entre otros documentos, la fotocopia de un contrato de arrendamiento de un local comercial situado en la misma dirección del inmueble averiado en donde aparece como arrendador el señor Luis Alfonso Aguilar y como arrendatario la sociedad SERVITRIPLEX LTDA., con un canon de $ 30.000.00 pesos mensuales, arrendamiento que se inició según el documento, el 18 de abril de 1983 (fls. 18 y 19, cuaderno 1).

También se adjuntó el original de otro contrato de arriendo entre el mismo señor Aguilar y Luis Bernardo Gómez Huertas, del segundo piso del mismo inmueble, con un canon de $ 25.000.00 mensuales y para un período comprendido entre el 1º de octubre de 1983 y el 30 de agosto de 1986 (fls. 28 y 29, cuaderno 1).

5º Durante el proceso se practicó un experticio (fl. 98, cuaderno 1). Los peritos, un arquitecto y un abogado, consideraron que los daños a la edificación ascendían a $ 514.680.00, que el lucro cesante "padecido por el demandante Luis Aguilar Bohórquez", estaba representado por los cánones dejados de percibir de sus arrendatarios, los que calcularon, con base en los contratos atrás mencionados, desde la fecha del accidente hasta la de entrega del informe en $ 1.540.000.00. En re-

lación con los daños causados a la sociedad SERVITRIPLEX LTDA., los expertos manifestaron no poderse pronunciar acerca del daño emergente porque dicha compañía apenas había aportado un inventario de mercancía "realizado por los interesados" y "al momento de hacer la inspección ocular, no se encontró rasgo alguno de mercancía para hacer el avalúo" y sobre el lucro cesante "padecido por el demandante SERVITRIPLEX LTDA." dijeron que ésta no había demostrado "las cuentas reales en promedio mediante los mecanismos legales, como son: Facturas y comprobantes de ventas; estados financieros que comprenden: El balance general y estado de pérdidas y ganancias debidamente firmado por contador público, o las declaraciones de rentas que la firma presentó a la Administración de Impuestos", documentos que habían solicitado a la sociedad y que ella no aportó.

Con ocasión del traslado del dictamen, el apoderado de los actores pidió se completara mediante el avalúo de los daños a SERVITRIPLEX LTDA. y para tal efecto acompañó un certificado de contador público, quien dice que revisados los libros de contabilidad de la sociedad la utilidad bruta obtenida durante el primer trimestre de 1984 fue de $ 736.886.00 que en el mismo período la rotación del inventario fue de 48 días y que de acuerdo con los registros "del Kardex" de la misma el inventario en 31 de marzo de 1984 (fecha del accidente) ascendía a $ 2.190.160.00 (fls. 103 a 107, cuaderno 1). El tribunal decretó la ampliación del dictamen y los peritos manifestaron que en cuanto al lucro cesante con base en la certificación de la utilidad bruta en el trimestre anterior y el período transcurrido entre la fecha del accidente y el 31 de diciembre de 1986, sería de $ 8.105.746.00, suma de la cual dedujeron el impuesto de renta calculado para el mismo lapso, lo que les dio un valor neto de $ 6.646.712.00, pero advirtieron que la certificación citada versaba únicamente sobre un trimestre, por lo cual no era suficientemente demostrativa y que para que el promedio de utilidades pudiera ser "considerado representantivo habría que analizar los estados financieros y las declaraciones de renta del año inmediatamente anterior (1983)" y en lo relativo al daño emergente, manifestaron que con fundamento en las certificaciones del mismo contador sobre el inventario a la fecha de ocurrencia del accidente y la pérdida afirmada por él del 40% de la mercancía, el daño ascendía $ 876.064.00 (fl. 115, cuaderno 1).

Se allegó también al proceso copia de la investigación administrativa adelantada por la empresa demandada sobre la actuación de sus empleados involucrados en el accidente y una respuesta de su Gerente acerca de la propiedad del vehículo causante del mismo, el nombre de tales empleados, sector donde debían prestar sus servicios en la fecha de los hechos, la sanción impuesta a uno de ellos, el seguro de daños a terceros que amparaba el vehículo y el no pago de suma alguna por el accidente hasta ese momento (fls. 59 a 62, cuaderno 1).

Se recibieron testimonios de quien dijo ser administrador del almacén de SERVITRIPLEX LTDA., señor Jaime Rodríguez Velosa

(fls. 1 y 2, cuaderno 2) quien manifestó haber ido al lugar del accidente al día siguiente y presenciado que se había dañado "mercancía, tríplex, vitrinas, pegantes" daño que fue avaluado en "dos millones cien mil pesos más o menos"; de un vendedor de la misma empresa, señor Germán Alberto Macías Pirazán (fls. 2 a 4) quien declaró que se había averiado mercancía del almacén de la empresa, pero sin saber su valor y que les constaba que se "pagaba arriendo de ese local al señor Luis Aguilar" pero no cuánto; del arquitecto señor Jairo Díaz Jaramillo, quien dijo haber sido contratado por una firma ajustadora de seguros para determinar el daño sufrido por la edificación contra la cual se estrelló el vehículo de la empresa demandada; del señor Miguel Hernández Torres (fls. 6 y 7, cuaderno 2), quien habitaba una casa vecina a la del lugar del accidente y dijo haber visto al día siguiente los destrozos causados y constarle que el señor Aguilar tenía arrendado el primer piso de la edificación a SERVITRIPLEX LTDA. y el segundo para el funcionamiento de una taberna, pero no conocer cuáles eran los cánones; del señor Fabio Reyes Garantiva (fls. 7 y 8, cuaderno 2), quien depuso manifestando que era empleado de la entidad demandada, que no había presenciado el accidente pero que se había presentado momentos después y que los tripulantes del vehículo no le han sabido explicar cómo había ocurrido; finalmente, se recibió la declaración del señor Luis Bernardo Gómez Huertas (fls. 8 y 9, cuaderno 2) quien expresó que habitaba en casa vecina a la del lugar de los hechos, que tenía arrendado al señor Aguilar el segundo piso "para una discoteca" que en el momento "no estaba funcionando porque se estaba arreglando" y que pagaba como canon $ 25.000.00 mensuales, desde "el 30 de agosto de 1983".

6º El proceso culminó con la sentencia apelada, en la cual, deniega las súplicas de la demanda con fundamento en que el demandante Luis Alfonso Aguilar Bohórquez a pesar de que "afirma ser el propietario del inmueble averiado por el impacto del camión recolector de basura contra la fachada de la casa", no acreditó su dominio o propiedad y el demandante SERVITRIPLEX LTDA. tampoco probó ser dueño de las mercancías que se dijeron dañadas ni el lucro cesante sufrido, pues la peritación practicada se fundó sólo en inventario y certificaciones expedidas por un contador de aquella empresa, que además, fueron presentadas en forma extemporánea por el actor, cuando el despacho ordenó la ampliación del dictamen. Y sobre los contratos de arrendamiento celebrados por el señor Aguilar, tanto con la sociedad SERVITRIPLEX LTDA. como con el señor Luis Bernardo Huertas considera que son documentos privados, que el primero consiste en una fotocopia que no cumple con el requisito de estar autenticado como lo previene el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil y el segundo es un original que tampoco puede considerarse auténtico porque no se encuentra en ninguno de los casos que para ello contempla el artículo 252 del mismo código y ni siquiera tiene el valor de prueba sumaria porque no está suscrito ante dos testigos "pues sólo hay la firma de un solo testigo".

Encontró entonces, el sentenciador que si bien estaba acreditado "el hecho mismo del accidente como presunta falla o falta del servicio", no ocurría lo mismo con el daño, por las razones anotadas.

7º El apoderado de los actores apeló y pide que se revoque el fallo (fls. 157 y 158, cuaderno 1) exponiendo como razones de su discrepancia:

"a) La providencia recurrida acepta como adecuadamente probados los hechos generadores de responsabilidad a cargo de la demandada, es decir, los extremos de falla del servicio, el daño ocasionado y el nexo de causalidad entre ambos están adecuadamente demostrados. Pero estima que la cuantificación pecuniaria es insuficiente en el campo probatorio y, entonces, despacha desfavorablemente la totalidad de las peticiones de condena, cuando debió declararse la responsabilidad de la demandada y, consecuencialmente, liquidar el monto de ella por los medios probatorios usuales si estimaba insuficientes los obrantes en la actuación";

"b) Los elementos de convicción sobre: La ocurrencia del hecho generador de responsabilidad, el daño y el nexo entre ambos, los acepta el fallo como legalmente demostrados pero la personería del presunto damnificado no la acepta por razones de forma documentales, sin observar que la prueba testimonial identifica perfectamente los titulares del derecho demandado y, en ocasiones, cuantifica el monto del perjuicio inmediato ocasionado".

"Obsérvese por vía de ejemplo (fl. 1, cuaderno de pruebas) que Jaime Rodríguez Veloza quien afirma que los perjuicios a SERVITRIPLEX LTDA ascendían a $ 2.100.000.00 aproximadamente; que se pagaban por arriendo a Luis Aguilar Bohórquez $ 30.000.00 mensuales; Germán Alberto Macías Pirazán (fl. 3) identifica al arrendador y al arrendatario; Jairo Díaz Jaramillo (fl. 6) quien ratifica la estimación de daños a la edificación elaborada técnica y profesionalmente en el estudio presentado oportunamente".

"A pesar de lo anterior, las circunstancias procesales permitían dar aplicación al canon 172 del Código Contencioso Administrativo disponiendo la condena *in genere* o decretar de oficio las pruebas que permitieran dilucidar adecuadamente la contienda" (fls. 157 a 158, cuaderno 1).

8º La demandada, al descorrer el traslado en segunda instancia alega que debe confirmarse la providencia recurrida (fls. 160 a 162, cuaderno 1) porque, en primer término, el funcionario causante del accidente obró como simple particular e incumplió las órdenes dadas por la entidad a cuyo servicio estaba y, en segundo término, porque "no se allegaron pruebas del daño que supuestamente se ocasionó, para lo cual formula algunas consideraciones acerca de la ausencia de una inspección judicial al lugar de los hechos, por desistimiento

de la parte actora y sobre la carga probatoria que le incumbía a SERVITRIPLEX LTDA. sobre los perjuicios recibidos.

Acerca de la afirmación del apelante sobre que "las circunstancias procesales permitían dar aplicación al canon 172 del Código Contencioso Administrativo manifiesta que esto sólo hubiera podido darse cuando hay pruebas para condenar y no es el caso que nos ocupa, por cuanto éstas no fueron allegadas al proceso a pesar de la etapa probatoria que fue larga en el tiempo. La parte actora quiere indemnización sin demostrar y probar los perjuicios causados..." y agrega que el artículo 214 del mismo código "sólo permite el decreto de pruebas de oficio en determinados casos que no encajan dentro del caso a debatir en segunda", que "no es culpa del tribunal que la parte actora dejara o desistiera de practicar pruebas necesarias y contundentes en el proceso..." y que no se demostró que por fuerza mayor no se hubieran allegados "los documentos decretados (sic) y pedidos por los peritos".

9º La colaboradora fiscal de esta Corporación solicita la confirmación del fallo apelado (fls. 168 a 170, cuaderno 1) pues si el señor Aguilar Bohórquez pretendió demandar como dueño del inmueble dañado por el vehículo de la empresa demandada ha debido demostrar esta calidad y no lo hizo, de lo cual "se deduce, que el actor no está legitimado para actuar" añadiendo que ello "no puede confundirse con la falta de tasación del daño, como lo pretende el recurrente". En relación con la otra parte demandante, SERVITRIPLEX LTDA., dice compartir "el análisis probatorio realizado en la sentencia".

II. Consideraciones:

1º La legitimación en la causa, la define Eduardo J. Couture (Vocabulario Jurídico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 379) como la "condición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifican su pretensión" y el inciso primero del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil dispone que "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

Como bien lo explican los procesalistas (ver por ejemplo a H. Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, número 112, Ed. ABC, Bogotá, 1988), la regla contenida en el artículo 177 citada significa no que la parte gravada con la carga deba necesariamente suministrar las pruebas de los hechos supuestos en las normas en que fundamente su derecho, sino que ella corre con el riesgo que implica el que la demostración falte, pues en este caso la decisión judicial tendrá que ser desestimatoria de sus pretensiones.

2º Nuestro Código de Procedimiento Civil consagró un sistema mixto entre el acusatorio y el inquisitivo o inquisitorio, pues del primero conserva principios como los de que el proceso no puede iniciarse mientras no se haya formulado por la parte interesada la correspondiente demanda, que las partes son quienes pueden ponerle fin y que el juez no puede resolver sobre puntos no planteados en la demanda y del segundo tiene el de dar al juez facultades para decretar y practicar pruebas de oficio y el de decretar de la misma manera las excepciones de fondo que aparezcan probadas, sin que importe quien aportó las pruebas (salvo las de prescripción, nulidad relativa y compensación, las que deben ser alegadas expresamente por quien desee valerse de ellas. Esto no rige en el proceso contencioso administrativo, pues en éste el fallador puede declarar la existencia de cualquiera excepción que encuentre demostrada, siendo discutible la declaración oficiosa, en este proceso, de la nulidad relativa).

En cuanto a las pruebas de oficio éstas pueden ser decretadas por el juez cuando "las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes" (art. 179, C. de P. C.) y pueden ordenarse "en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar" (art. 180 *ibídem*).

Cualquiera que sea el criterio sobre el alcance de esta facultad del juez de decretar pruebas de oficio debe tenerse en cuenta que su propósito no es suplir o subsanar deficiencias probatorias de las partes ni puede el juez, en virtud de ellas, variar la particular posición que aquellas asumieron en el proceso, como sería, por ejemplo, el de convertir en demandadas a quienes escogieron ser demandantes o determinar que están pidiendo para otros cuando lo hacen para sí.

3º Los documentos públicos o privados constituyen medios probatorios de los hechos a que ellos se refieren o de la manifestación del pensamiento en él contenida.

Los documentos que se pretendan hacer valer en un proceso deben acompañarse con la demanda cuando se encuentren en poder del demandante (art. 139 C. C. A.) o pueden ser incorporados durante inspección judicial (art. 246-3 C. de P. C.) o, finalmente, solicitarse de oficio por el juez (art. 179 del C. de P. C. y 169 del C. C. A.).

Los documentos privados tienen relevancia probatoria frente a terceros cuando son auténticos (art. 279 del C. de P. C.) y tiene fecha cierta, porque se den algunos de los eventos previstos en el artículo 280 del C. de P. C. cuando el documento privado está desprovisto de autenticidad sólo tendrá el carácter de prueba sumaria, si ha sido suscrito ante dos testigos.

El documento privado es auténtico cuando ha sido reconocido ante juez o notario por quien o por quienes lo suscriben, pues, en este

caso, se tendrá que provino de ella o de ellos o cuando judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido; o cuando fue inscrito en un registro público a petición de quien o quienes lo firmaron; o si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso; o, finalmente, cuando la ley los presume de tal calidad (es decir, auténticos) como sucede con los libros de comercio, los títulos valores, las pólizas de seguros, etc. (art. 252 del C. de P. C.). En cuanto a los aportados al proceso en debida forma, se tendrán por auténticos los que se afirmen estar suscritos por la parte contra quien se opone, si ésta no los tacha de falsos; en cambio, cuando terceros los suscriben, no opera esta presunción de autenticidad y sólo lo serán en cuanto se produzca alguno de los eventos ya citados (A este propósito puede verse sentencia de 24 de noviembre de 1984 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, proferida en el ordinario de Compañía Aseguradora Colseguros S. A. contra Corporación Nacional de Transportes Ltda. CONALTRA, publicada en Boletín número 591 del Colegio de Abogados Comercialistas).

En lo relativo a la fecha del documento, ésta será cierta y se contará respecto de terceros, desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado o desde el día en que ha sido inscrito en un registro público o en que conste haberse aportado en un proceso, o en que haya tomado razón de él un funcionario competente en su carácter de tal, o desde cuando haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia, que son precisamente los eventos a que se refiere el precitado artículo 280.

Finalmente, las copias de documentos tienen el mismo valor probatorio del original cuando hayan sido autorizados por un notario u otro funcionario público en cuya oficina se encuentren los originales o copias auténticas o cuando operen, respecto de esas copias alguno de los eventos de que trata el artículo 252 *ibídem*.

4º Aplicando lo expuesto al caso de autos se tiene:

a) *En cuanto al demandante Luis Alfonso Bohórquez:*

No comparte la Sala el concepto de su colaboradora fiscal cuando piensa que él no está legitimado para actuar porque si bien en la demanda "no se especifica la calidad con que... se presenta a demandar, pues en su contexto no se afirma que él sea el dueño del inmueble ubicado en la carrera 86 número 45-28 sur. Pero si realmente pretendió hacerlo en su condición de propietario, como lo entendió el tribunal, tenemos que tampoco se demostró en el curso del proceso con prueba idónea, que en éste caso es la escritura pública debidamente registrada y el certificado de libertad del inmueble, que dicho señor Aguilar Bohórquez es el propietario del inmueble que resultó afectado en el accidente...". Y no lo comparte, porque en ninguna parte de la demanda este actor asevera ser propietario del inmueble ni afirma, por

consiguiente, que los perjuicios que alega se le causaron lo fueran como consecuencia de tal calidad; y en esto se equivoca también el sentenciador *a quo*.

Como de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1974 del Código Civil puede arrendarse aún la cosa ajena, el arrendador que reclame indemnización de perjuicios está legitimado en la causa con la sola prueba de su calidad de tal, sin que adicionalmente tenga que demostrar dominio o propiedad sobre el bien arrendado (Naturalmente, a menos que alegue esta calidad, lo que no sucedió en el caso de autos, según lo dicho).

Ahora bien, acreditó el señor Aguilar Bohórquez su calidad de arrendador?

Ya se vio que él acompañó con la demanda una fotocopia, no autenticada del contrato de arrendamiento que él alega celebró con la firma SERVITRIPLEX LTDA., quien a su vez es codemandante. Además obra en el expediente el testimonio del señor Miguel Hernández Torres, quien dice constarle que el señor Aguilar tenía arrendado el inmueble a la citada firma (fls. 6 y 7, cuaderno 2); el testigo Fabio Reyes Garantiva, empleado de la empresa, por su parte, habla de un almacén de "Triplez (sic) que había en el primer piso" (fls. 7 y 8, cuaderno 2), y el deponente Luis Bernardo Huertas, dijo tener arrendado del señor Aguilar el segundo piso de la edificación averiada y que en el primer piso había "un almacén del tríplex Pizano" (fls. 8 y 9, cuaderno 2).

A la vista de esta evidencia probatoria a la Sala no le cabe duda que el señor Aguilar demostró su calidad de arrendador de la sociedad SERVITRIPLEX LTDA. porque la circunstancia de haber sido presentada la copia del contrato por el mismo señor Aguilar y por la sociedad en el momento de la demanda, tiene que equivaler a un reconocimiento expreso de las partes sobre su autenticidad.

Y el carácter de arrendador del señor Aguilar frente al arrendatario del segundo piso de la misma edificación dañada surge del contrato aportado en original por el primero que aun cuando no fue reconocido por el arrendatario señor Luis Bernardo Gómez Huertas, sin embargo, éste, en su testimonio, según se vio, aceptó ese hecho y confirmó que el canon pactado era de $ 25.000.00 mensuales.

Como está adicionalmente probado el daño a la edificación arrendada, que impidió su uso por los arrendatarios, pues fue de tal magnitud que la hizo inservible (el testimonio del señor Jairo Díaz Jaramillo, arquitecto contratado por la compañía aseguradora de la empresa demandada, fls. 5 y 6, cuaderno 2, sería suficiente al respecto) así como la falla del servicio, se reúnen los elementos axiológicos de la responsabilidad extracontractual del ente administrativo demandado

y en este sentido habrá de modificarse el fallo apelado, en lo que se refiere al actor señor Aguilar.

El monto de los perjuicios sufridos por el arrendador será el equivalente de los cánones que dejó de percibir desde cuando se produjo el hecho que da lugar a la responsabilidad de la entidad demandada y hasta alguna de las fechas que se indican más adelante.

Pero no podrá procederse sino a una condena en abstracto, a fin de que posteriormente, siguiendo el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, se proceda a la liquidación del correspondiente perjuicio, siguiendo las pautas que aquí se indican.

No es posible arribar a la condena en una cantidad líquida pues consistiendo el perjuicio sufrido por el actor, señor Luis Alfonso Aguilar, en los cánones dejados de percibir debido al accidente que convirtió, el inmueble en inservible para el fin a que se destinó en los dos contratos de arrendamiento por él celebrados, es necesario que en el procedimiento liquidatorio se demuestre en qué momento el inmueble volvió a quedar en condiciones de servir para tal finalidad; en consecuencia, en el incidente correspondiente deberá el actor, según Aguilar, acreditar la fecha exacta en que ello ocurrió.

El cálculo se hará, entonces, multiplicando el valor de los cánones mensuales por los meses transcurridos entre el 31 de marzo de 1984 y la fecha que se acredite como de arreglo del inmueble, en condiciones de poder ser ocupado por los respectivos arrendatarios. Pero este período, en ningún caso podrá exceder de 30 de agosto de 1986, para el cálculo de los cánones que dicho actor habría podido recibir del señor Luis Bernardo Gómez Huertas y de 18 de abril de 1984 para los cánones correspondientes al contrato con la sociedad SERVITRIPLEX LTDA, pues estas dos fechas corresponden exactamente a los vencimientos pactados en los respectivos contratos. En todo caso la cuantía que resulte no podrá exceder de la suma de $ 55.000.00 mensuales, señalada en la demanda.

La suma que resulte de los cálculos así hechos no se reajustará por no haber sido esto solicitado en la demanda.

Dentro del mismo incidente liquidatorio, el actor señor Luis Alfonso Aguilar deberá presentar copias de sus declaraciones de renta y patrimonio correspondientes a los años gravables de 1983, 1984 y 1985 a fin de determinar la concordancia que exista entre los daños que se alegan y los ingresos informados al fisco, en aquellas, que es el propósito para el cual el artículo 10 de la Ley 58 de 1982 exige el examen de estos documentos en acciones indemnizatorias contra el Estado.

De otro lado, no se condenará a la entidad demandada al pago en favor del señor Luis Alfonso Aguilar de la reparación de los daños

ocasionados al inmueble como quiera que no demandó, según se vio, en su calidad de propietario del bien, estando circunscrita su legitimación en la causa a su simple condición de arrendador.

b) *En cuanto a la sociedad SERVITRIPLEX LTDA.:*

Esta sociedad demandó la declaratoria de responsabilidad de la Empresa Distrital de Servicios Públicos, EDIS y el pago de los perjuicios causados como consecuencia de la responsabilidad debido, por una parte, al daño ocasionado a la mercancía de su propiedad que se encontraba en el inmueble averiado y al lucro dejado de percibir al no poder continuar realizando las ventas que hacía en el almacén que tenía instalado en el local afectado.

Como lo dijo recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (fallo de 8 de agosto de 1988, pronunciado en el ordinario de Gladys Barona de Ayala contra Jorge Santos Díaz y Pablo Vicente Prada Méndez). "Siendo la responsabilidad extracontractual aquella situación jurídica que asume la persona a quien se le imputa y prueba la comisión de un daño a otro, adquiriendo consecuencialmente la obligación de resarcirlo, resulta absolutamente necesario para su estructuración que haya, además del hecho imputable y nexo causal, un perjuicio. Por lo tanto en la demostración de aquella es indispensable la prueba del daño, pues éste jamás se presume...".

Y precisamente el problema que se presenta a la Sala para darle curso favorable a las pretensiones del actor SERVITRIPLEX LTDA. es la ausencia de prueba acerca del daño sufrido, aún genéricamente.

En efecto, aseveró que dentro del almacén de su propiedad que funcionaba en el primer piso de la edificación averiada "sufrieron roturas, destrucciones y desperfectos como consecuencia del impacto, la caída de materiales de construcción y el derramamiento de ACPM, agua y fluido hidráulico..." y "fueron destruidos el mostrador de vidrio, el debris, una columna, las cortinas metálicas, etc.", estimó "las pérdidas de mercancías en $ 2.190.160.00 y acompañó con la demanda una relación de inventario así como una de ventas y utilidad bruta en el período comprendido entre el mes de abril de 1983 y el mes de junio de 1984".

Posteriormente, durante la etapa probatoria, solicitó y así se decretó una prueba pericial destinada a demostrar los daños sufridos y relatan los peritos que les fue imposible pronunciarse al respecto por no haber aportado dicha sociedad los documentos (facturas, registros contables, etc.) necesarios para contestar sobre el punto (fl. 98, cuaderno 1). Más tarde, por solicitud de ampliación al dictamen procedieron a cuantificar las pérdidas sufridas únicamente con fundamento en certificaciones suscritas por el conductor público señor Joaquín Piñeros L., sin que pueda saberse, por lo que obra en el expediente,

si se trata de un profesional independiente del cual se auxiliaron los expertos o si de un empleado de la misma sociedad presuntamente perjudicada (fl. 115, cuaderno 1).

De todas formas, este experticio no presta a la Sala ninguna credibilidad pues carece de fundamentación ya que no consta la autenticidad de las certificaciones de quien la firma bajo el nombre de Joaquín Piñeros L., no se confrontaron con los libros de contabilidad de SERVITRIPLEX LTDA., no se examinó la mercancía que se dijo averiada no se comprobó la preexistencia de la mercancía que se alegó en inventario, y finalmente no se allegaron al expediente las declaraciones de renta de la sociedad que alega que se le ocasionaron del accidente del vehículo de propiedad de la entidad demandada.

Y no existe ningún otro elemento de convicción que permita conocer que este actor sí tenía mercancías en el lugar y cuáles se dañaron, que las vitrinas de que habla eran suyas o que sobre ellas tenía algún derecho y que, por consiguiente, su patrimonio sufrió un detrimento. Es decir —se repite— no existe siquiera prueba de un daño por lo menos genérico que luego pudiera avaluarse o liquidarse.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada en cuanto deniega las súplicas demandadas por la sociedad SERVITRIPLEX LTDA. quien no acreditó el daño reclamado.

5º No prosperando las pretensiones de uno de los actores, se condenará a éste al pago de las costas en esta segunda instancia, en un 50%.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en acuerdo parcial con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase la sentencia apelada, proferida el 28 de julio de 1988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar,

Primero: Se deniegan las súplicas de la demanda en cuanto a la sociedad SERVITRIPLEX LTDA. por las razones expuestas en los considerandos de la presente providencia.

Segundo: Se declara a la *Empresa Distrital de Servicios Públicos, EDIS,* responsable de los perjuicios causados al señor *Luis Alfonso Aguilar Bohórquez* con ocasión de los hechos ocurridos el 31 de marzo de 1984, de que trata la presente providencia, los cuales se liquidarán siguiendo las pautas fijadas en en literal a) del numeral 4º de los considerandos de esta providencia y mediante el incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero: Costas a cargo de la sociedad *SERVITRIPLEX LTDA.* en un 50%. Tásense por la Secretaría de la Sala.

Cópiese, comuníquese, publíquese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 11 de agosto de 1989.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL - Objeción / ERROR GRAVE

El hecho de que los auxiliares de la justicia hayan utilizado un criterio que no coincide con el empleado por el apoderado del demandado, no da pie para predicar que se tipificó un error grave. El error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse. Los reparos que se hacen al trabajo de los auxiliares de la justicia ameritan simplemente que el juez los examine dentro del marco de libertad que tiene para definir si las conclusiones de éstos son claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos.

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

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 2397. Actor: Margarita Villa de Gómez Jaramillo. Demandado: Banco de la República.

I

Cumplido el trámite de ley, en el incidente de liquidación de la sentencia dictada por esta Corporación, el día trece (13) de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977), dentro del proceso del rubro, se procede a proferir la providencia correspondiente.

Para la mejor comprensión jurídica del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, es decir, los apartes en que se señalan las pautas que se deben seguir para concretar el monto de la condena. Ellas tienen el siguiente alcance:

> "Es claro que la demandante con la conducta asumida por el Banco de acuñar monedas de $ 300.00 y $ 500.00 con reproducciones parciales del tríptico, de cuya propiedad intelectual es titular, dejó de percibir las regalías correspondientes y las utilidades que ese capital le reportaría. Mas como en los autos no obran las pruebas que permitan hacer una condena en concreto por este aspecto, se condenará en abstracto al

pago de los daños materiales, para que ellos se liquiden dentro del incidente de que tratan los artículos 308 y siguientes del C. de P. C., para lo cual se seguirán entre otras las siguientes pautas:

"a) Se tomarán las pruebas que obren en el expediente sobre número de monedas acuñadas y número de monedas vendidas;

"b) Se buscarán los precios reales de venta de las monedas tanto en Colombia como en el extranjero;

"c) Se tendrá en cuenta la Resolución número 50 de agosto 5 de 1970, para el cálculo de regalía;

"d) Igualmente se tendrán en cuenta las certificaciones expedidas por el Banco de la República que obran a folios 30 a 32 y 75 a 77 del cuaderno número 2;

"e) El lucro cesante no podrá exceder del monto de los intereses corrientes".

II

Liquidación presentada por el apoderado de la parte actora:

A folios 23 y siguientes del cuaderno número 1A, aparece el escrito en que el apoderado de la parte actora hace la liquidación correspondiente. En lo pertinente, y bajo el rubro "Consideraciones Previas", destaca:

"1. *Los derechos pecuniarios.*

"1.a) Como tantas veces se ha dicho, el artista, al crear su obra, al exteriorizar y fijar en un elemento material un acontecer espiritual personalísimo, busca, ante todo, transmitir el goce estético de dicha obra.

"Sin embargo, una vez esteriorizada y fijada la obra, ella es susceptible de adquirir un valor económico, un contenido patrimonial pecuniario.

"1.b) En el caso de las obras pictóricas —las que interesan fundamentalmente para los fines de este proceso— tal contenido patrimonial pecuniario se especifica o puede especificarse en distintos derechos o facultades, tales como el derecho de goce o uso y el derecho de reproducción. Estos derechos o facultades son independientes en nuestra legisla-

ción (Ver los arts. 49 y 50 de la Ley 86 de 1946), o sea, que normalmente al enajenar una obra pictórica sólo se enajena y avalúa el derecho de goce.

"1.c) Otras legislaciones también han consagrado el 'droit de suite', derecho de plusvalía, para evitar las situaciones injustas que a menudo se presentan. Sobre este derecho se expresan así Carlos Mouchet y Sigifredo A. Radaelli: 'El derecho de los autores a participar en la plusvalía o valorización ulterior de la obra, reconocido por la doctrina contemporánea y consagrado ya en algunas legislaciones bajo la denominación de droit de suite, consiste en la participación que los mismos obtienen sobre el aumento de valor que aquellas pueden adquirir en posteriores y sucesivas transferencias.

" 'Con esta institución se buscó remediar en un principio la situación creada a los artistas plásticos, que, a menudo, apremiados por la necesidad, venden a precios irrisorios sus cuadros o sus esculturas, que, al cabo del tiempo, se valorizan, enriqueciendo sólo a los sucesivos adquirientes e intermediarios. En tanto, es frecuente que el artista (o, después de muerto, su familia) atraviese las mayores necesidades materiales.

" 'El derecho de plusvalía —que contempla, además, el acrecentamiento de la fama del creador, conseguida casi siempre mediante un prolongado esfuerzo intelectual— permite que los autores puedan participar en el mayor valor que adquieren sus obras después de haber salido de sus manos' (Los derechos del Escritor y del Artista, Buenos Aires, 1957, págs. 121 y 122).

"1. d) El avalúo de una obra pictórica, además de tener en cuenta el tipo de derecho o facultad que se va a enajenar (goce, reproducción), supone considerar no sólo factores como el valor del lienzo, de los colores, del tiempo empleado en confeccionar los bocetos y la pintura misma, como los gastos de subsistencia del artista y su familia en tal tiempo, sino también el resultado, la unidad espiritual que constituye la obra de arte, y que es la más importante en la misma, pues lo material viene a ser accesorio, accede a lo espiritual.

"1.e) Por lo mismo, por esta unidad espiritual fundamental, los derechos de carácter patrimonial pecuniario sólo se actualizan en el momento de su ejercicio o uso. Uno es el valor potencial de los distintos derechos o facultades en el momento de la creación de la obra artística, y otro muy distinto el valor real en el momento de enajenar la obra, o

en el momento en que efectivamente se vaya a reproducir o se reproduzca la misma.

"Un reconocimiento claro de esta situación es el que sirve de fundamento al llamado 'droit de suite' o derecho de plusvalía, mencionado antes.

"1.f) La facultad para disponer de tales derechos de carácter pecuniario es exclusiva del autor, y es el mismo quien fija las condiciones de tal disposición.

"Como bien lo señala André Francon al referirse a estos derechos pecuniarios o patrimoniales-términos que '...reflejan la valoración del autor de obtener provechos pecuniarios de la explotación de su obra', 'estos derechos pecuniarios son en Francia derechos exclusivos. El autor *decide soberanamente* el principio y las modalidades de publicación de su obra. El es en particular *dueño de fijar sus condiciones financieras,* que se trate de la primera difusión o de una difusión ulterior...' (Las subrayas no son del texto. Ver La Propriété Littéraire et Artistique, París, 1970, pág. 59).

"Algo similar puede aseverarse en nuestro ordenamiento. El artículo 6º de la tan citada Ley 86 de 1946 expresa que: 'La propiedad intelectual comprende, para sus titulares, la *facultad exclusiva:*

" 'a) De *disponer* de ella a título gratuito u oneroso bajo las *condiciones lícitas que su libre criterio les* dicte...' (Las subrayas, nuevamente, no son del texto).

"Y en el artículo 11 de la misma Ley 86 se señala terminantemente que: '...*nadie puede publicar*...en todo ni en parte, una obra científica, literaria o artística, *sin permiso* del autor o de sus causahabientes...' (Las subrayas tampoco son del texto).

"Es claro por lo mismo que es al autor a quien le corresponde, según su libre criterio, avaluar económicamente el contenido de sus derechos y señalar las demás condiciones. Si tales condiciones no se aceptan, nadie puede disponer de la obra, ni utilizarla, ni publicarla. Nadie puede, sin esa autorización del autor, obtener ningún provecho con la utilización de la obra.

"2. *La reproducción y explotación de la obra artística.*

"2.a) Entre los derechos pecuniarios acabados de considerar, uno de los más importantes —sino el más importante—, y el que permite la explotación de los aspectos económicos de la obra en toda su extensión, es el derecho de

reproducción, derecho diferente e independiente, como se señaló, del derecho de goce o uso, y del cual le corresponde disponer, según su libre criterio, al titular del derecho de propiedad intelectual.

"Son muy diversas las formas que puede adoptar la reproducción de la obra artística, y su explotación económica.

"Así lo reconoce nuestra Ley 86 de 1946, en su artículo 6º, cuando consagra como *'facultad exclusiva'* de los titulares del derecho de propiedad intelectual, la '...b) De *aprovecharla* con o sin fines de lucro *por medio de la imprenta,* litografía, grabado, copia, molde, vaciado, fotografía, película cinematográfica, disco de gramófono, ...o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión' (Las subrayas no son del texto).

"2.b) Si por acuñar, según el Diccionario de la Lengua Española, debe entenderse: *'Imprimir* y sellar una pieza de metal por medio de cuño o troquel. Dícese especialmente de las monedas y medallas. 2. Tratándose de la moneda, hacerla, fabricarla' (Las subrayas, nuevamente, no son del texto), si según el mismo Diccionario, imprimir es 'señalar en el papel u otra materia las letras y otros caracteres de las formas, apretándolas en la prensa', y edición es 'impresión o estampación de una obra o escrito para su publicación', es claro que entre los medios de aprovechamiento, de reproducción por medio de la imprenta, puede incluirse la acuñación de monedas.

"2.c) El contrato por excelencia, por medio del cual las partes —una de las cuales es el titular de la propiedad intelectual— acuerdan reproducir y aprovechar la obra por medio de la impresión, es el contrato de edición.

"Mientras el artículo 57 de la Ley 86 de 1946 señala que 'por el contrato de edición el titular del derecho de propiedad de una obra intelectual y un editor se obligan recíprocamente, el uno a entregar tal obra, y el otro a reproducirla, difundirla y venderla', el Decreto-ley 410 de 1971 o nuevo Código de Comercio determina que 'por este contrato el propietario o autor de una obra literaria, artística, científica o didáctica, se obliga a entregarla a un editor que se comprometa a publicarla mediante su impresión gráfica y propagarla, por su cuenta y riesgo, con el nombre del autor o el seudónimo que se indique'.

"Al margen de las prescripciones contenidas en la Ley 86 de 1946, el nuevo Código de Comercio regula aspectos diversos del mencionado contrato.

"Estas regulaciones del nuevo Código de Comercio también pueden aplicarse a relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su vigencia, pues, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en fallo de junio 11 de 1974, con ponencia del Magistrado Germán Giraldo Zuluaga, de la Sala de Casación Civil: '...Se fija aplicando por analogía la norma contenida en el Código de Comercio, la cual, cuando en este proceso se trabó la relación jurídico-procesal no estaba vigente, pero que rige ahora y que, por tanto, *conforme a lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 es guía para desatar materia semejante*' (Las subrayas no son del texto Ver Derecho Colombiano número 152, agosto de 1974, pág. 157).

"2.d) Entre las regulaciones contenidas en el Código de Comercio merecen destacarse, entre otras, la facultad de control de la edición (art. 1326), la exigibilidad de los honorarios o regalías por derecho de autor, desde el momento en que la obra publicada quede lista para su distribución o venta, salvo estipulación distinta (art. 1361), la facultad para el editor de fijar el precio de venta al público, a falta de estipulación (art. 1366).

"b) 2.e) En cuanto al honorario o regalía que debe reconocerse al titular de la propiedad intelectual, tanto en este nuevo código, como en sus proyectos, se recogió lo que se estimó debía normalmente reconocerse al autor, lo que se consideró justo.

"En el Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio, en su reunión de once de mayo de 1970, se consideró una disposición según la cual: 'A falta de estipulación sobre honorarios o regalía en favor del autor o propietario, *se presumirá* que a éste *corresponde la mitad de las utilidades netas* que obtenga el editor en la respectiva edición' (Las subrayas no son del texto).

"Este criterio para evaluar los derechos de autor fue reconocido en aquel Comité como perfectamente válido, pues las observaciones que se le formularon no se refirieron a lo justo o injusto del mismo, sino a sus aspectos prácticos, en cuanto el concepto 'utilidades netas' era bastante difícil de deducir y se podía prestar para que se le burlara al autor el pago de sus honorarios.

"Debe anotarse que este criterio se encuentra en pleno acuerdo con el criterio que adopta, para una llamada 'obra en colaboración', la obra cinematográfica, la Ley 86 de 1946. En su artículo 30 estatuye tal ley que: 'Salvo convenio especial, en una obra cinematográfica *tienen derechos iguales* el

autor del argumento y el productor de la película...' (Las subrayas, nuevamente, no son del texto), disposición ésta que se podría aplicar analógicamente, pues al fin y al cabo la producción cinematográfica, en palabras de un conocido tratadista de propiedad intelectual, aparece como una actividad esencialmente artística, técnica, industrial, con ciertos aspectos comerciales.

"2.f) Como resultado de las observaciones de tipo práctico —pero sin que en verdad se negara la justicia del criterio—, el Comité prefirió una fórmula en que se establecía un porcentaje sobre el precio de venta al público: '...A falta de estipulación, se presumirá que corresponde *al autor o propietario el 15% del precio de venta al público*'.

"En últimas, tal disposición vino a ser la contenida en el artículo 1355, redactada finalmente así: 'En todo contrato de edición deberá pactarse el estipendio o regalía que corresponda al autor o propietario de la obra, el que *en ningún caso será inferior al 10%* del precio de venta al público. A falta de estipulación, *se presumirá que corresponde al autor* o propietario *dicho porcentaje*.

" 'Cuando el editor adquiera el derecho de hacer dos o más ediciones la regalía *no será inferior al 15%* del precio de venta de cada ejemplar...' (Las subrayas no son del texto).

"Este criterio por otra parte, es bastante coincidente con la regla internacional, como lo reconoce Javier Lasso de la Vega, cuando expresa que: '...el editor español, como los editores de los demás países, abonan a los autores un canon consistente entre el 10 y el 15 por ciento del precio de venta por ejemplar...' (Ver El Contrato de Edición, Madrid, 1949, pág. 8).

"2.g) Los anteriores criterios para avaluar el contenido pecuniario del derecho de reproducción, cuando efectivamente se cumple tal reproducción, actúan todos en el marco del acuerdo de voluntades, de los contratos. Las partes acuerdan la realización de la publicación, el autor autoriza la reproducción de la obra, sin que se estipule expresamente el honorario o regalía que le corresponda al autor, el que entonces, se determinará según los criterios que se acaban de señalar.

"Es claro que es muy distinta la situación, y será distinto el avalúo de los derechos pecuniarios, cuando las reproducciones y el provecho económico que se obtiene con las mismas se efectúan sin la autorización libre y soberana del titular de la propiedad intelectual.

"3. *Acciones para la defensa de los derechos pecuniarios.*

"3.a) La misma Ley 86 de 1946 se encarga de regular en sus artículos 96 y siguientes las diferentes acciones que permiten la defensa de los derechos pecuniarios del titular de la propiedad intelectual. Tales acciones no son otras que la acción penal, siempre pública (art. 102), la llamada acción civil, que puede ejercerse bien dentro del proceso penal, bien separadamente, ante la jurisdicción civil (arts. 104 y ss.), y las acciones accesorias (arts. 107 y ss.), entre las cuales, este artículo 107 consagra la de secuestro preventivo: 'El autor, el editor, los causahabientes de éstos ...pueden pedir el *secuestro preventivo:* 1. De *toda* obra, *edición,* ejemplares, 2. Del *producto* que se haya *obtenido con la enajenación* de tales obras, *edición o ejemplares...*' (Las subrayas no son del texto).

"3.b) Un análisis somero de los artículos 96 y siguientes de la Ley 86 de 1946 permite establecer que esta Ley 86 no quiere, no permite que nadie obtenga provecho, por la explotación económica de la obra artística, sin autorización del titular de su propiedad intelectual, y que tal provecho, cuando se obtiene en tal forma, se considera ilícito.

"3.c) Dentro de la acción y el proceso penal, la Ley 86 sanciona el daño público que sufre la sociedad, en materia de derecho de autor, con las penas de prisión y multa que establecen sus artículos 96, 97 y 99. El daño privado que sufre el particular, titular del respectivo derecho, da derecho a la indemnización o resarcimiento de perjuicios.

"3.d) En atención a esta indemnización de perjuicios, y al afán por anular cualquier obtención de provecho no autorizada por el autor, o sus causahabientes, el artículo 101 de la citada Ley 86 consagra una disposición fundamental: *'Toda edición ilícita* será *secuestrada* y *adjudicada* en la sentencia penal condenatoria a la *persona cuyos derechos* de propiedad intelectual *fueron defraudados* con ella' (Las subrayas no son del texto).

"3.e) No permite esta disposición que nadie se aproveche de la reproducción y explotación no autorizada de una obra artística, y en los eventos en que alguien pretenda tal aprovechamiento, adjudica toda la edición ilícito al defraudado, como forma de reparar el daño privado, como indemnización mínima estimada y determinada por la ley, del daño ocasionado por el ilícito, como *avalúo legal mínimo del derecho de reproducción, de explotación.* Tal medida, tal indemnización legalmente estimada, también es procedente en los casos en que la llamada acción civil se ejerza separada-

mente, pues la única diferencia entre el ejercicio de ella dentro del proceso penal y por separado, radica en el supuesto de la responsabilidad en uno y otro caso, según se trate de culpa penal o culpa civil.

"Además, las acciones accesorias especiales en el procedimiento civil, entre las cuales figura el 'secuestro preventivo de *toda* edición', permiten llegar a la misma conclusión anterior.

"3.f) Por otra parte, la disposición consagrada en el artículo 101 de la Ley 86 se inspira en el artículo 3º del Decreto 19-24 de julio de 1973, de la Revolución Francesa, según el cual: 'Los jueces de paz *confiscarán,* a requerimiento y *en provecho* de los autores, ...*pintores,*...de su herederos o cesionarios, *todos los ejemplares* de las ediciones impresas o grabadas sin el permiso formal y por escrito de los autores' (—las subrayas no son del texto— reiterado fundamentalmente por el artículo 74 de la Ley 57-298, que en forma expresa señala la finalidad indemnizatoria de la misma), como en el artículo 46 de la ley española de propiedad intelectual, de 10 de enero de 1879, según el cual: 'Los defraudadores de la propiedad intelectual además de las penas..., sufrirán la *pérdida* de todos los *ejemplares ilegalmente publicados,* los cuales se *entregarán al propietario* defraudado' (Las subrayas, nuevamente no son del texto).

"Como lo señala claramente J. Molas Valverde, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo desde el fallo de octubre 6 de 1915 (civil), ha establecido la compatibilidad de tal disposición con el procedimiento civil (Ver Propiedad Intelectual. Suma Jurídica para la Práctica Forense, págs. 386 y 387).

"El mismo autor señala el carácter de 'reparación o indemnización de perjuicios' de este tipo de medidas o procedimientos (Ver pág. 134).

"En otra parte de su obra, Molas Valverde formula una observación general muy importante: '...debe tenerse en cuenta que si el autor no tiene tarifa que le obligue a conceder el permiso para el uso de su obra, con mayor razón puede elevar considerablemente la cuantía del daño y del perjuicio en los casos de reproducción, ...de su obra, sin ni siquiera solicitar aquel permiso...' (Ver pág. 128).

"4. *Extensión de la reparación de perjuicios.*

"La reparación de los perjuicios o daños causados, comprende, como es bien sabido, el daño emergente y el lucro

cesante. Pero al calcularla, hay que tener en cuenta el objeto de la misma reparación, que no es otro que 'colocar a la víctima en una situación equivalente a la anterior al daño'. Por lo mismo, cuando varía el valor del daño 'a consecuencia de las fluctuaciones monetarias o en los precios, el juez debe regularlo según el que tenga al tiempo de la sentencia...', como bien lo señala Bernardo Gesche Müller, siguiendo a Arturo Alessandri (Ver Jurisprudencia Dinámica, Santiago de Chile, pág. 54).

"Tal planteamiento fue aceptado plenamente por el honorable Consejo de Estado, en el auto de diciembre 9 de 1970, en que se resolvió sobre la liquidación de la condena en abstracto en el proceso de indemnizaciones de Orlando Patiño Gamboa y otros (Ver *Anales*, números 427 y 428, págs. 302 y ss.), providencia en la cual se siguió a los Hermanos Mazeaud, y en la que se señaló que '...de no tener en cuenta los factores de variación tanto intrínsecos como extrínsecos, la indemnización que se concediere representaría solamente el valor pasajero del daño en el día de su realización y la verdadera indemnización consiste en conceder a la víctima la cantidad que le permita reponer las cosas en su estado anterior, para lo cual debe calcularse ésta según el valor del daño en el día de la sentencia'.

"Y posteriormente, en auto de julio 22 de 1971, en el incidente de ejecución de la condena en abstracto en el ordinario de indemnizaciones de Anatolio Ramírez, el honorable Consejo reiteró su tesis anterior, al expresar: 'Ahora bien, si la indemnización tiene por objeto, como anteriormente se dijo, «colocar a la víctima en una situación equivalente a la anterior al daño», es necesario *tener en cuenta las posibles variaciones extrínsecas del perjuicio* en el momento en que se causó esta hasta cuando se pronuncie la condena en concreto' (Las subrayas no son del texto).

"Si la indemnización tiene por objeto, como anteriormente se dijo, 'colocar a la víctima en una situación equivalente a la anterior al daño', es necesario *tener en cuenta las posibles variaciones extrínsecas del perjuicio* en el momento en que se causó éste hasta cuando se pronuncie la condena en concreto" (Las subrayas no son del texto).

"II. *Bases para la liquidación.*

"El fallo del honorable Consejo de Estado, por el cual se condenó en abstracto al Banco de la República a pagar a mi poderdante el monto total de los perjuicios sufridos por mi poderdante, como responsable de los daños que se le ocasio-

naron con la acuñación de las monedas conmemorativas de los VI Juegos Panamericanos de Cali, luego de reconocer que el tríptico realizado por el pintor en 1968, *del cual se tomaron los motivos* de las monedas de $ 300.00 y de $ 500.00, tríptico protegido, no en virtud del artículo 3º, inciso tercero, de la Ley 86, sobre adaptación y modificación de obras del dominio público, sino '*...como una nueva obra del artista...*' (Las subrayas no son del texto; Ver pág. 12 del fallo), y de establecer que el Banco carecía del derecho de reproducción del tríptico (pág. 13 del fallo), derecho de reproducción que utilizó y del cual obtuvo ventajas económicas, determinó que se debía indemnizar por los perjuicios irrogados.

"Tales perjuicios, en cuanto a los daños materiales, '...están constituidos no sólo por la privación de la suma de dinero que hubiera podido recibir...(daño emergente) sino también por las utilidades que hubiese reportado de dicha suma (lucro cesante)' (Ver pág. 14 del fallo), que se concretarían en 'las regalías correspondientes que dejó de percibir, y en las utilidades que ese capital le reportaría' (Ver pág. 15 del fallo), y para su evaluación, el mismo fallo se encargó de señalar, *entre otras*, las cinco pautas que aparecen en su página 15.

"Debe tenerse en cuenta:

"a) Que al fijar el precio de las monedas conmemorativas de los Juegos Panamericanos, de $ 300.00 y de $ 500.00, se fijó exactamente el mismo precio establecido para las monedas conmemorativas del Congreso Eucarístico Internacional, como de la Campaña Libertadora. No se tuvo en cuenta la obligación de pagar derechos de autor por la reproducción del tríptico, pues si se hubiera considerado tal factor, el precio hubiera sido superior;

"b) Los titulares del derecho de propiedad intelectual tenían el derecho a fijar libremente, según su soberano criterio, las condiciones financieras para la reproducción del tríptico del Maestro Gómez Jaramillo;

"c) Es muy distinta la situación del avalúo de los honorarios o regalías que le corresponden a los titulares de la propiedad intelectual en los eventos en que han autorizado la reproducción de la obra, sin establecer tales regalías, y en los eventos en que tal reproducción se hace sin autorización del autor. Debe ser superior en este último caso, y el señalado en la primera serie de eventos, sólo obra a la manera de un mínimo, bajo;

"d) El certificado dado por el Banco, sobre las utilidades obtenidas en la operación de acuñación, distribución y venta de las monedas de $ 300.00 y de $ 500.00, supone el pago de todos los gastos y estipendios correspondientes, exceptuando el derecho del titular de la propiedad intelectual sobre la obra pictórica;

"e) Por tratarse de una reproducción no autorizada, no tenían derecho los editores, los acuñadores, de obtener ningún provecho de tal acuñación;

"f) La acuñación de monedas, dentro de ciertas proporciones, a su nivel, guarda muchas semejanzas con esa obra en colaboración, que es la obra cinematográfica;

"g) Según la declaración del doctor Botero de los Ríos, que en este punto se puede confirmar con otros elementos de convicción, la acuñación de las monedas, contratada a finales de 1970, se terminó de realizar en los primeros meses de 1971, hacia abril, y se pusieron en venta antes de iniciarse los VI Juegos Panamericanos;

"h) Según los certificados expedidos por el Banco de la República, se acuñaron y vendieron cinco mil ciento ochenta (5.180) monedas de un valor nominal de $ 300.00, y 3.151 de un valor nominal de $ 500.00. El precio fijado para la venta de tales monedas fue de quinientos cuarenta pesos ($ 540.00) y mil cien pesos ($ 1.100.00) respectivamente. El precio de tales monedas se había incrementado, al poco tiempo de su venta, aproximadamente en un 30%, y su cotización actual se aproxima, para las monedas de $ 300.00, a ciento ochenta dólares (US$ 180.00), y para las de $ 500.00, a los trescientos dólares (US$ 300.00);

"i) Los intereses corrientes han oscilado entre el 14% y el 18% anual;

"j) Por último, debe tenerse en cuenta el avalúo que la misma Ley 86 de 1946 establece, de los derechos de autor, para los casos de ediciones ilícitas, irregulares, eventos en los cuales las regalías u honorarios correspondientes a tales derechos equivalen al precio de venta de los ejemplares en que se efectuó la reproducción ilícita, al valor total de los ejemplares, o a su producido.

"En el presente caso, mi poderdante nunca ha pretendido, ni pretende, el que la regalía u honorario que le corresponde, abarque el valor original del oro en que se acuñaron las monedas —equivalente al valor nominal de las monedas—. No pretendió ejercer la acción accesoria de secuestro pre-

ventivo, sobre las monedas acuñadas, o sobre el producto de tal edición, de tal acuñación ilícita. Pero sí pretende, dentro de las facultades que le concede la ley, dentro de la estimación o avalúo legal que la misma hace de sus regalías, cobrar por las regalías que le corresponden, por la reproducción irregular, ilegal, del trípico del Maestro Gómez Jaramillo, por el aprovechamiento sin derecho, de tal tríptico, por el Banco de la República, una suma equivalente a la diferencia entre el valor nominal y el valor numismático, o de venta, de tales monedas.

"Tal pretensión por otra parte, se encuentra plenamente de acuerdo con el fallo de 13 de octubre de 1977, cuando el mismo señala que: '...Se tendrá en cuenta la Resolución número 50 de agosto 5 de 1970, para el cálculo de la regalía...', Resolución 50 que en su artículo 4º distingue entre el valor nominal y el valor numismático.

"III. *Liquidación.*

"Teniendo en cuenta las 5.180 monedas de un valor nominal de $ 300.00 y 3.151 monedas de $ 500.00, que certifica el Banco de la República, se tendría que, si se pretendiera aplicar ese mínimo equivalente al cincuenta por ciento, de utilidades netas, como regalía correspondiente al derecho de reproducción del tríptico, tal regalía sería de $ 1.062.184.00 pesos, correspondientes a la mitad de $ 2.090.137.00 pesos, por utilidad aproximada en el país, más la mitada de $ 34.231.00, correspondientes a la utilidad en el exterior, calculado sobre una tasa de dólar de $ 20,94.

"Si se pretendiera aplicar ese mínimo equivalente al 15% sobre el precio de venta al público de las tan mencionadas monedas, por tratarse de dos ediciones, reproduciendo parcialmente el mismo tríptico, la regalía que le correspondería a mi poderdante ascendería a $ 939.495.00 pesos.

"Sin embargo, como ya se señaló, la regalía que le corresponde a mi poderdante, y que ella pretende, en aplicación del artículo 101 de la Ley 86 de 1946, teniendo en cuenta la diferencia entre el valor nominal de las monedas, y su valor numismático, asciende a $ 3.133.800.00, siendo el valor numismático, de unas y otras, igual a $ 540.00 y $ 1.100.00 respectivamente.

"Sobre este valor de $ 3.133.800.00, procede calcular, desde el 1º de mayo de 1971, el lucro cesante. Tal lucro cesante, no superior a los intereses corrientes que fluctúan entre el 14% y el 18% anual, equivale hasta ahora, en los seis años

y ocho meses, a 105,33%. Por lo mismo, el lucro cesante asciende a la suma de $ 3.300.831.00.

"Debe dejarse en claro que a partir de la liquidación, se deberá calcular un lucro cesante del 18% anual sobre el valor total debido, correspondiente al daño emergente y al lucro cesante, que equivale a $ 6.434.631.00, o el determinado.

"Al actualizar el daño emergente, de conformidad con las sentencias del honorable Consejo expuestas en las consideracioens previas, y de acuerdo con los índices del costo de la vida, se tendría:

"Diciembre 1976	1.330.7
"Abril 1971	481.6

$$\text{"}\frac{1.330.7}{481.6} - 1 \times 100 = 176.31\%$$

"176,31 + 29,3% (costo en 1977) = 205% aproximadamente.

"Por lo mismo,el valor hasta ahora del daño emergente actualizado ascendería a $ 9.558.090.00, el que se calculará hasta la fecha del auto.

"A este daño emergente actualizado, se le deberá sumar el valor del lucro cesante, que aún a una tasa anual del 8%, ascendería a $ 1.671.360.00, y que a la tasa ya mencionada del interés corriente, es ahora de $ 3.300.831.00.

"En síntesis:

"Daño emergente	$ 3.133.800.00
"Daño emergente actualizado	$ 9.558.090.00
"Lucro cesante al interés corriente	$ 3.300.831.00
"Lucro cesante al interés del 8% (UPAC)	$ 1.671.360.00
"Es decir que:	
"Daño emergente actualizado	$ 9.558.090.00
"+ Lucro cesante al interés corriente	$ 3.300.831.00
	$ 12.858.921.00

"IV. *Pruebas.*

"Muy respetuosamente me permito solicitar que, además de las distintas pruebas que figuran en el expediente, con

el mérito que se les ha atribuido, se decrete la práctica de las siguientes pruebas:

"1. Se tengan como pruebas los documentos que me permito anexar, consistentes en varias comunicaciones dirigidas al Banco de la República, como las respuestas del mismo Banco.

"2. Se llame a rendir declaración a las siguientes personas:

"a) Al doctor José Ignacio Narváez, actual Superintendente de Sociedades (calle 14 número 8-27), acerca de las ponencias y discusiones que se presentaron y se efectuaron en el seno del Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio, sobre el contrato de edición;

"b) Al señor José Espinel (calle 12 número 6-15), acerca de los distintos hechos que interesan a esta liquidación, y en especial, de los distintos precios de las tan mencionadas monedas de $ 300.00 y de $ 500.00;

"c) Al doctor Alfonso Chivirí Mariño (carera 7ª número 13-65, Of. 411), sobre los hechos que interesan a esta liquidación, y en especial, sobre las monedas acuñadas y vendidas por Numismática Italiana;

"d) Al Pintor Jorge Elías Triana (carrera 3A número 46-45), sobre los hechos que interesan a esta liquidación, y en especial, sobre las regalías pagadas por el derecho de reproducción.

"3. Que se oficie al Ministerio de Justicia para que se sirva enviar copia fiel del documento en que consta la reunión del Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio, de 11 de mayo de 1970, en que se discutió acerca del contrato de edición, como cualquier otro documento en que consten reuniones en que se haya discutido el mismo tema.

"Que se practique una diligencia de inspección judicial, en las oficinas y dependencias del Banco de la República, sobre sus archivos, libros de correspondencia, libros de contabilidad y demás documentos que reposen en las mismas, para comprobar plenamente los hechos que interesan a esta liquidación, y en especial, las distintas circunstancias relacionadas con la acuñación, distribución y venta de las monedas de oro conmemorativas de los VI Juegos Panamericanos, como del Congreso Eucarístico Internacional, como de la Campaña Libertadora.

"Previamente a la anterior inspección, le ruego, si se considera del caso, decretar la exhibición de los documentos

y papeles mencionados, que afirmó se encuentran en poder del Banco de la República, y para comprobar plenamente los hechos que se acaban de enumerar.

"5. Que se practique una inspección judicial a las oficinas de la Secretaría de la Junta Monetaria, situadas en el edificio del Banco de la República (carrera 7ª número 14-78), para examinar las distintas resoluciones que se refieren a la comercialización del oro, como a las monedas conmemorativas del Congreso Eucarístico Internacional, Campaña Libertadora, y VI Juegos Panamericanos de Cali, como las actas de las reuniones en que fueron adoptadas las anteriores resoluciones, como los distintos antecedentes de las mismas.

"6. Que con destino al presente proceso, se expidan copias auténticas de los autos de diciembre 9 de 1970 y julio 22 de 1971, proferidos en los incidentes de ejecución de las sentencias de condenas en abstracto, en los procesos de Orlando Patiño Gamboa y otros, y Anatolio Ramírez.

"7. Que se oficie a la Asociación 'Numismáticos Colombianos' (carrera 8ª número 17-18), para que se sirva enviar fotocopias auténticas de la carátula y contracarátula del 'Standard Catalog of World Coins', edición de 1977 por Chester L. Krause y Clifford Mishler, que reposan en sus dependencias, como de las páginas 328 y 329 del mismo catálogo, que se acompañan en fotocopia simple por vía informativa, o certifique, estas corresponden a tal catálogo. Una vez recibidas las anteriores fotocopias auténticas, en cuanto se considere del caso, se deberá llamar a reconocer la anterior certificación sobre autenticidad, al representante de la mencionada Asociación.

"8. Que se oficie a la Superintendencia Bancaria para que se sirva enviar certificación acerca del interés corriente, a partir del año de 1971.

"9. Que se oficie al DANE, para que se sirva enviar constancia acerca de el índice del costo de la vida a partir del año de 1971.

"10. Que se solicite al Banco de la República, el que se envíe copia auténtica de la parte del último informe del Gerente General, que se refiere al incremento del costo de la vida a partir de 1951, como certificados del precio del oro desde 1979.

"11. Que se tenga como prueba la copia auténtica del memorial de excepciones, presentado ante el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá, por el apoderado del Banco de la

República, como el auto por el cual se aprobó y se decidió sobre tales excepciones previas, que se acompaña.

"12. Que se oficie a la Superintendencia Bancaria para que se sirva enviar certificación acerca del valor o cotización del dólar de los Estados Unidos, en pesos colombianos, a partir de 1970.

"13. Que se decrete la práctica de un dictamen pericial, rendido por abogados expertos en propiedad intelectual y artística, quienes deberán rendir su dictamen acerca de las regalías u honorarios a que tiene derecho mi poderdante por la reproducción ilícita o reproducciones ilícitas, del tan mencionado tríptico del maestro Gómez Jaramillo, en las monedas de $ 300.00 y de $ 500.00, conmemorativas a los VI Juegos Panamericanos de Cali, teniendo en cuenta las consideraciones previas expuestas en este memorial. Así mismo, cuál sería la utilidad que reportaría el capital correspondiente al mencionado daño emergente.

"14. Que se oficie al Banco de la República para que sirva enviar copia auténtica, o un ejemplar auténtico, de los carteles u hojas de propaganda, tanto nacionales como internacionales, de las emisiones de monedas de oro conmemorativas del Congreso Eucarístico Internacional, la Campaña Libertadora, y los VI Juegos Panamericanos de Cali. A título informativo, acompaño fotocopias simples de algunos de tales carteles u hojas.

"15. Que se oficie al periódico 'El Espectador', de esta ciudad de Bogotá, con oficinas o dependencias situadas en la Avenida 68 número 22-71, para que con destino a este proceso se sirva enviar un ejemplar auténtico de los diarios publicados los días sábado 24 de abril de 1971, miércoles 28 de julio de 1971 y viernes 30 de julio de 1971, periódicos estos tres en los cuales aparecen diversos avisos sobre las monedas de oro conmemorativas de los VI Juegos Panamericanos de la ciudad de Cali.

"16. Así mismo, de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, el cual expresa: *'La conducta de las partes como indicio.* El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes', muy atentamente le ruego, en cuanto haya lugar, apreciar la conducta de las partes dándole el valor que le asigna el citado artículo 249 del Código de Procedimiento Civil y normas concordantes.

"En particular, debe tenerse en cuenta la forma como el Banco de la República dio respuesta al hecho 8º de la demanda presentada por doña Margarita (Margot) Villa de

Gómez Jaramillo, como la forma y oportunidades como el mismo Banco de la República respondió los oficios que se le dirigieron en el curso del trámite del proceso certificados de octubre 26 de 1973, enero 25 de 1974 y abril 15 de 1974, en especial sobre la venta de monedas, como la negativa del mismo Banco de la República a dejarme examinar, en días recientes, los documentos relacionados con estas monedas conmemorativas.

"Otrosí:

"Al efectuar la investigación y los estudios necesarios para realizar la presente liquidación, se encontraron serios indicios acerca de un mayor número de monedas acuñadas, consistentes tales indicios, en informaciones obtenidas en catálogos numismáticos mundiales, de la más alta respetabilidad, y en folletos de propaganda.

"No obstante nuestros intentos para desvirtuar o confirmar las anteriores informaciones, con la documentación existente en el Banco de la República, ello no fue posible debido a la negativa de dicho Banco a permitir su examen, como se deduce de documentos adjuntos.

"Como de dichos indicios aparece que el total de monedas acuñadas de $ 300.00 y $ 500.00, ascendía *por lo menos* a 6.000 unidades de cada una de las tan citadas monedas conmemorativas de los VI Juegos Panamericanos, y, aún más, teniendo en cuenta que el número total de juegos en tal catálogo, es de 6.000, mientras que la información del Banco de la República se basa en 1.500 juegos, el número total de monedas acuñadas de $ 300.00 y $ 500.00 podría ascender respectivamente a 9.500 y 7.500.

"En defensa de los derechos de mi poderdante, y no obstante no haber podido obtener la plena prueba de una u otra situación, me veo obligado a adicionar la liquidación, de acuerdo con los datos que parecen surgir de estas informaciones.

"De probarse la existencia de 6.000 monedas de un valor nominal de $ 300.00 y 6.000 monedas de $ 500.00 se tendría que, si se pretendiera aplicar ese mínimo equivalente al 15% sobre el precio de venta al público, la regalía ascendería a $ 1.476.000.00.

"Sin embargo, como ya se señaló, la regalía que corresponde a mi poderdante, y que ella pretende, en aplicación del ya mencionado artículo 101 de la Ley 86 de 1946, y teniendo

en cuenta la diferencia entre el valor nominal de las monedas y el numismático, asciende a $ 5.040.000.00. Como el lucro cesante, calculado desde el 1º de mayo de 1971, equivale a 105,33%, tal lucro asciende hasta ahora entonces a $ 5.308.632.00. El valor total del daño emergente y lucro cesante sería de $ 10.348.632.00.

"Al actualizar el daño emergente, de acuerdo con el índice del 205% cuya obtención ya se explicó, se obtiene como valor hasta ahora del daño emergente actualizado la cantidad de $ 15.372.000.00, el que se calculará hasta la fecha del auto. A este daño emergente actualizado se le deberá sumar el valor del lucro cesante, que aún a una tasa anual del 8% (UPAC), ascendería $ 2.688.000.00, y que, a la tasa ya mencionada del interés corriente, hasta ahora es de $ 5.308.632.00.

"En síntesis:

"Daño emergente	$ 5.040.000.00
"Daño emergente acutalizado	$ 15.372.000.00
"Lucro cesante al interés corriente	$ 5.308.632.00
"Lucro cesante al interés del 8% UPAC	$ 2.688.000.00

"Es decir que:

"Daño emergente actualizado	$ 15.372.000.00
"+ Lucro cesante al interés corriente	$ 5.308.632.00
"TOTAL	$ 20.680.632.00

"De probarse la existencia de 6.000 juegos, 1.500 de los cuales se vendieron en Colombia, más la existencia de 1.500 monedas de $ 300.00 y 3.500 monedas de $ 500.00, por fuera de los 6.000 juegos, lo que da un total de 9.500 monedas de $ 300.00 y 7.500 de $ 500.00 se tendría que, si se pretendiera aplicar un mínimo equivalente al 15% sobre el precio de venta al público, la regalía ascendería a $ 2.007.000.00.

"Sin embargo, como ya se señaló, la regalía que corresponde a mi poderdante y que ella pretende, en aplicación del artículo 101 de la Ley 86 de 1946 y teniendo en cuenta la diferencia entre el valor nominal de las monedas y el numismático, asciende a $ 6.780.000.00. Como el lucro cesante, calculado desde el 1º de mayo de 1971, hasta ahora equivale a 105,33%, según se explicó en su lugar, tal lucro ascendería entonces a $ 7.141.374.00. El valor total del daño emergente y lucro cesante sería de $ 13.921.374.00.

"Al actualizar el daño emergente, de acuerdo con el índice del 205% cuya obtención ya se explicó, resultaría como valor del daño emergente actualizado la cantidad de $ 20.679.000.00, el que se calculará hasta la fecha del auto. A este daño emergente actualizado, se le deberá sumar el valor del lucro cesante, que aún a una tasa anual del 8% (UPAC), ascendería a $ 3.616.000.00 y que, a la tasa ya mencionada del interés corriente, es de $ 7.141.374.00, hasta ahora.

"En síntesis:	
"Daño emergente	$ 6.780.000.00
"Daño emergente actualizado	$ 20.679.000.00
"Lucro cesante al interés corriente	$ 7.141.374.00
"Lucro cesante al interés del 8% (UPAC)	$ 3.616.000.00
"Es decir que:	
"Daño emergente actualizado	$ 20.679.000.00
"+ Lucro cesante al interés corriente	$ 7.141.374.00
"TOTAL	$ 27.820.374.00".

III

Conducta de la parte demandada:

El apoderado del Banco de la República, en el escrito que obra a folios 35 y siguientes del cuaderno número 1A, objeta la liquidación presentada por el procurador judicial de la parte actora, y para ello utiliza la siguiente literatura:

"Empiezo por objetar de la manera más vehemente la multimillonaria liquidación que hace el apoderado de la actora de la obligación mencionada y que, en síntesis, y faltando —según él— datos de otros factores, calcula en la desmesurada cifra de veintisiete millones ochocientos veinte mil trescientos setenta y cuatro pesos ($ 27.820.374.00) moneda corriente, como perjuicios resultantes de un negocio de acuñación que apenas le produjo de utilidad neta a la cuenta de cambios del Estado colombiano en el Banco de la República la suma de dos millones novecientos setenta y nueve mil quinientos veinte pesos ($ 2.979.520.00) moneda corriente más una regalía de mil seiscientos noventa y nueve dólares con noventa y nueve centavos de dólar (US$ 1.699.99), y que

versó en parte sobre los derechos de propiedad intelectual que la propia demandante avaluó en la sucesión de su esposo, el autor del cuadro, en la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) moneda corriente.

"La fabulosa pretensión es ni más ni menos que la de encumbrar la regalía, intangible que es apenas *parte de una utilidad,* a diez veces el valor de *toda la utilidad* (2.9 a 27.8 millones de pesos); o si se supone que el valor de la regalía es el 10% de las ventas (aplicando por analogía el artículo 1355 del C. de C. como lo solicita el apoderado de la demandante), la hiperbólica liquidación implica que la regalía sobre aproximadamente 6 millones de ventas brutas al público (o sea 600 mil pesos como participación regalista) cohetearía (pues no hay otro verbo apropiado en español que refleje el fenómeno) a la estratosfera matemática de 46.4 veces que representa sobre aquella suma la celeste magnitud de los apetecidos 27.8 millones, todavía no redondos, que pide el apoderado de la actora. No es acaso un castigo demasiado drástico al establecimiento vencido en juicio, por haberle hecho el desaguisado a un artista de inmortalizar, esculpiendo sus perfiles en oro, una obra suya que no se cuenta, precisamente, entre las más afortunadas salidas de su pincel y que, de contera, le fue dos veces generosamente retribuida al momento de sus dos facturas?

"La beatífica afirmación de que en este pleito 'lo material viene a ser accesorio' y 'accede a lo espiritual' que con tanta unción se predica en el curioso finiquito supermillonario, seguramente corresponde a los gajes que, según la cuenta pasada, se pretende hacerle producir aquí a los frutos del espíritu. En efecto, la liquidación presentada alzafuella y megatiza (otra vez dos verbos heterodoxos por falta del vocablo apropiado) un fruto del espíritu que ya en la vida del autor había gozado de la doble gloria pecuniaria. Porque acaece que el valor de una parte de ese patrimonio 'espiritual', de ese fruto del espíritu, o sea de la propiedad intelectual singularmente heredada, ya que curiosamente ninguna otra obra del maestro Gómez Jaramillo se incluyó en el acervo hereditario del artista, que la propia viuda y actora estimó en $ 10.000 hace apenas un lustro, se encarama a la portentosa suma de $ 27.8 millones, o sea que holgadamente la propiedad intelectual en Colombia tiene una 'plusvalía' —según la original doctrina extemporáneamente invocada por el apoderado— de 2.782 veces cada cinco años, o sea de 556 veces cada año, o sea de un cincuenta y cinco mil seiscientos por ciento (55.600%) por año. Manes del señor Gabriel García Márquez, cuya obra literaria, sin duda la más importante históricamente producida en Colombia, traducida a 15 len-

guas cultas y a algunos otros dialectos locales, según propia confesión no le ha producido a su autor más de US$ 500 mil dólares, que a la tasa actual de $ 37 equivalen a 18 millones y medio aproximadamente.

"Sin embargo, obsérvese cómo no es la propiedad intelectual propiamente dicha la que en esta singular factura se estima haber elevado el vuelo majestuosamente al espacio exterior de las casi tres decenas de millones partiendo de diez mil pesos de avalúo mortuorio. Dejemos la propiedad intelectual de la actora intocada, aunque en ella (en la propiedad intelectual, se entiende), las luengas barbas del patriarca Bochica le hubieren sido transplantadas a la dulce Bachué allanando sus maternales turgencias, en el incontenible afán de capturar el nuevo 'vellocino de oro' yacente en las arcas de un 'contendor aureus'. Hermosa aventura del espíritu, ésta. Lo material es accesorio. Lo que ha ascendido a la escandalosa cifra de dos dígitos millonarios y casi una treintena de millones tampoco es el atributo de su uso y goce. Es el perjuicio que se adujo haber padecido la demandante, ora por la 'mutilación' de la obra de su finado esposo, ora por los beneficios que obtuvo de ellos la entidad demandada, ora, en fin, porque el Banco carecía de la facultad de honrar a un artista colombiano exornando en metal precioso una de sus creaciones, ya remunerada por aquel en forma duplicada. No es la propiedad intelectual del cuadro que en buena hora sigue y seguirá en cabeza de la cónyuge supérstite del artista. Son sólo los perjuicios causados por la falta cometida al eternizar el perfil de una figura merced a su exultación numismática y áurea, para celebrar un torneo deportivo de la juventud panamericana.

"En este caso, la realidad se aprecia mediante una operación lógico inductiva consistente en colegir a partir de la calidad y la cantidad del efecto la cantidad y calidad de la causa. Los datos manipulados en el libelo finiquitorio lo mostrarán. Si apenas el impropio empleo de uno de sus atributos (uso o goce) determina un perjuicio cuyo monto se pretende que alcanza a casi tres decenas de millones de pesos, cuánto valdrá la propiedad intelectual cuyo es el atributo de unos y goce que llega a tales alturas de valor ultramillonario? Esta operación al revés implica que si tomando por X el valor total de la propiedad intelectual le atribuimos un 10% de beneficio regalista y asumimos que éste equivale a la indemnización por el grave daño de haber acuñado áureamente su contorno, tenemos que el susodicho valor X de la propiedad intelectual alcanza en la actualidad a la fastuosa suma de doscientos setenta y ocho millones doscientos tres mil setecientos cuarenta pesos ($ 278.203.740.00) moneda

corriente, o sea casi tanto o más de lo que actualmente vale la propiedad física e intelectual de la obra de Fernando Botero y Alejandro Obregón juntos.

"Esta prodigiosa danza de los millones nos muestra cómo a $ 10.000 se les pretende hacer rentar $ 5.556.000 anualmente lo que arroja $ 27.8 millones en el lustro escaso que transcurre desde cuando la propiedad intelectual fue estimada en aquella exigua suma (Escritura pública 1614 de 25 de mayo de 1973 de la Notaría 4ª de Bogotá. Partida 7ª) hasta hoy, y cómo el establecimiento demandado no sólo debe entregar el cien por ciento (100%) de la utilidad neta obtenida en la acuñada sino el novecientos cincuenta y ocho por ciento (958%) de dicho beneficio (de 2.9 a 27.8 millones), y además, cómo ni siquiera el valor bruto de las ventas, que fue de seis millones y que constituyó el tope numérico de toda la operación satisface el ambicioso finiquitador, quien reclama veintiún millones más sin que con este excedente se muestre muy a gusto todavía.

"Esta historia judicial de nuestros días, que ahora es viva y real, empieza a tomar ciertos visos de desmesura, ficción y fantasía que desde ya la truecan en cuento; quizá con los años se erija en leyenda. A nadie, en efecto, le cabrá en la cabeza que haya pertenecido al mundo de la realidad el hecho de que la acuñación de ocho mil monedas de base a una reclamación de veintisiete millones ochocientos mil pesos; de que cada moneda se hubiere vendido en promedio de $ 820.00 y que por el derecho a reproducir un perfil se reclamen $ 3.477.00 por unidad, o sea que el precio de una regalía se tase en un 424% del valor bruto del objeto por la cual se paga.

"2. *Los 'escapes' a la rigidez del fallo.*

"Las disquisiciones doctrinarias que el apoderado de la demandante formula como prolegómeno a la formidable cuenta de cobro que, por conducto del Consejo de Estado, le presenta al Banco de la República, encubren no la tácita intención de desplegar, a deshoras, después de agotado el plenario, los abundantes conocimientos de un teórico del derecho de propiedad que en la oportunidad del proceso por recatada modestia se guardó su saber. No. Ellas buscan expresamente mejorar la sentencia en favor de su causa, extrapolando los precisos e intraspasables parámetros que en ésta fijó el fallador para la liquidación indemnizatoria. Ahora se pretende por el finiquitador que las cinco bases ordenadas en el fallo de 13 de octubre de 1977, no son suficientes, no colman su ambición, no se ajustan a su desmesurado anhelo pecuniario, y entonces salta por encima de las

cercas del coto delimitado por el sentenciador para otear otros horizontes. La cosa juzgada no es tal cosa, ni siquiera lo es la ley, pues frente a ésta se pide que, en lugar de su texto, se apliquen las opiniones de la comisión redactora. La erudita y bien poco soslayada diatriva contra el proveído que no llenó sus ilimitadas esperanzas hace que el libelista le anote al fallador que en su pieza faltó tener en cuenta, entre otros, los siguientes elementos que se pretende deben agregarse a las pautas dadas en la sentencia para la liquidación.

"a) La upaquización del resarcitorio;

"b) La obligación irredimible y *ad infinitum*, de la 'plusvalía' futura de la obra, a cargo del demandado;

"c) La superfetación del valor numismático trasladable *'tunc et nunc'* a la agraviada demandante por el daño consistente en la exornación de la obra en su esposo;

"d) El rigor de la ley penal piadosamente dejada de aplicar a la parte demandada;

"e) La consulta de las actas de la Comisión redactora del Código de Comercio como fuente de derecho derogatorio del mandato de dicho código; y,

"f) La conducta del demandado como indicio.

"Estas nuevas pautas de la propia cosecha del señor apoderado de la demandante, por fuera de las cinco orientaciones trazadas por el fallo para la liquidación, obviamente acarrean una cascada de pruebas que de practicarse convertirían esta última etapa del pleito en galimatías de nunca acabar, y que, ciertamente, aparte de satisfacer el ávido capricho del libelista, poco agregarían a los datos que ya existen en el expediente y que constituyen probanzas absolutamente veraces y fidedignas. Como se trata, pues, de demostrar extremos ajenos a las pautas de la liquidación precisadas en la sentencia, por referirse a hechos exorbitantes a las precisas orientaciones metodológicas (consistentes en los cinco —5— puntos identificados con los literales a, b, c, d y e que se especifican en la sentencia), me veo en la necesidad de formular la solicitud de su perentorio rechazo liminar debido a su impertinencia y superfluidad para los efectos de la liquidación en la forma preestablecida por el proveído".

IV

Consideraciones de la Sala:

A) En la oportunidad procesal de ley, el apoderado de la parte actora solicitó "...la práctica de un dictamen pericial, rendido por

abogados expertos en propiedad intelectual y artística, quienes deberán rendir su dictamen acerca de las regalías u honorarios a que tiene derecho mi poderdante por la reproducción ilícita o reproducciones ilícitas, del tan mencionado tríptico del maestro Gómez Jaramillo, en las monedas de $ 300.00 y de $ 500.00 conmemorativas de los VI Juegos Panamericanos de Cali, *teniendo en cuenta las consideraciones previas* expuestas en este memorial. Así mismo, cuál sería la utilidad que reportaría el capital correspondiente al mencionado daño emergente" (cuaderno número 1A fls. 31 y 31 vto.). Esta prueba se decretó en el auto que obra al folio 56 vuelto y que fue calendado el día veintisiete (27) de junio de mil novecientos setenta y ocho (1978).

A su turno, el procurador judicial del Banco de la República, dentro de la misma oportunidad probatoria, pidió la práctica de las siguientes pruebas:

> "a) *Peritación contable.* La que se servirá ordenar el honorable Consejo de Estado, practicada por peritos en tal disciplina de lista de auxiliares de esa Corporación, quienes con vista y examen de los documentos, comprobantes, libros, partidas, papeles, facturas y demás elementos que consideraren pertinentes analizar, relacionados con la acuñación y comercialización de las monedas de oro de valor nominal de $ 300.00 y $ 500.00 (con las figuras de Bochica y Bachué), conmemorativas de los VI Juegos Panamericanos celebrados en Cali en 1971, y ciñéndose estrictamente a las bases o pautas establecidas en la sentencia de 13 de octubre de 1977 que, en relación con dichas monedas, profirió el Consejo de Estado, procederán a emitir dictamen sobre los siguientes puntos:
>
> "1º Cuál fue el número de monedas acuñadas de una y otra denominación (pautas *a* y *d* de la sentencia).
>
> "2º Cuál fue el precio, por su valor real o numismático, a que el Banco de la República vendió dichas monedas en el país o en el exterior, o cuál fue la forma de comercialización adoptada para su venta (pautas *b*, *c* y *d* de la sentencia).
>
> "3º Cuál fue el valor bruto de la operación y cuál la utilidad neta obtenida por el Banco de la República en relación con la acuñación y comercialización de tales monedas de oro de $ 300.00 y $ 500.00 a que se ha hecho referencia (pautas *a*, *b*, *c* y *d* de la sentencia).
>
> "4º Desde qué fecha ingresó efectivamente a la Cuenta Especial de Cambios la utilidad neta a que se refiere el punto anterior (pauta *e* de la sentencia).

"5º Cuál es el valor del lucro cesante que debe atribuírsele a la suma de la utilidad neta antes mencionada, a partir de su ingreso efectivo a la Cuenta Especial de Cambios y hasta la fecha, de conformidad con lo prescrito por la pauta *e* de la sentencia.

"b) *Peritación artística,* sobre la participación pecuniaria o regalía por la utilización de las figuras en las monedas mencionadas, que practicarán peritos en arte pictórico de la lista de auxiliares de la justicia, expertos en la materia, que obra en esa Corporación, a efecto de que, con fundamento en los usos, costumbres y prácticas prevalentes en los medios artísticos nacionales y/o extranjeros, especialmente en lo relacionado con regalías o derechos de reproducción de obras artísticas del orden plástico, basados en los resultados cuantitativos de la peritación contable a que se refiere el acápite a) anterior, y rigurosamente ceñidos, en lo pertinente, a las pautas de la sentencia de 13 de octubre de 1977 de que se ha hecho mención, dictaminen sobre los siguientes puntos:

"i) Cuál es la cantidad, cuota parte o porcentaje que le corresponde al pintor sobre las utilidades obtenidas por la reproducción de su obra plástica; o, en todo caso cómo debe tasarse esa participación o remuneración;

"ii) Con fundamento en la utilidad neta arrojada por la acuñación de las monedas objeto del presente litigio, según la suma fijada por concepto de tal utilidad neta en la peritación contable a que se refiere el acápite a), a cuánto asciende la cuota parte o porcentaje que debe pagársele a la demandante;

"iii) Con fundamento en el lucro cesante establecido en la peritación contable, y en proporción a la cuota parte o porcentaje del literal ii) que antecede, a cuánto asciende el valor del lucro cesante que debe pagársele a la demandante;

"iv) Con fundamento en los literales ii) y iii) anteriores, o sea como resultado de las cantidades en ellos fijadas, a cuánto asciende la suma total que debe pagarle el Banco de la República a la señora Margarita Villa de Gómez Jaramillo, como cantidad concreta de la condena en abstracto decretada contra aquél y a favor de ésta en sentencia de 13 de octubre de 1977, proferida por el Consejo de Estado".

Esta prueba fue decretada en auto de veinte (20) de abril de mil novecientos setenta y nueve (1979), visible a folios 62 vuelto y siguientes del mismo cuaderno. La realidad anterior explica bien la razón por la cual obren dentro del incidente dos dictámenes que, a su turno, fueron objetados por error grave, pero sólo por el apoderado del cen-

tro de imputación jurídica demandado. Así las cosas, se impone, como decisión previa, que la Sala se ocupe, por separado del estudio y definición del referido cuestionamiento.

Objeción al dictamen rendido por los doctores Roberto de Zubiría y Fernando Cadena Jiménez:

Se concretó en los siguientes términos:

"a) Refiriéndose a la posible distribución de la utilidad por la acuñación de las monedas entre la contraparte y el Banco de la República, los peritos afirman como punto fundamental de partida según el dictamen, para determinar el monto del daño emergente lo que sigue: 'Partiendo de una interpretación presuntiva de la voluntad del autor al ceder los derechos de reproducción, podríamos hablar de un justo medio 50% ya que el Banco de la República no incurrió en todos los costos de acuñación y distribución'. Esta interpretación, presuntiva de la voluntad del autor de ceder los derechos de reproducción se fundamenta, como ellos mismos lo afirman, en la 'absoluta ausencia de jurisprudencia y *costumbre*' (Subrayo la palabra). Este aserto constituye un error manifiesto de hecho, porque la costumbre, que es un hecho, consigna el 10% de participación al autor para una situación completamente análoga. En efecto, los legisladores del actual Código de Comercio erigieron dicho hecho, dicha costumbre inveterada, en regla positiva de derecho concretada en el artículo 1355 de la obra mencionada, así:

"'En todo contrato de edición deberá pactarse el estipendio o regalía que corresponda al autor o propietario de la obra, el que en ningún caso será inferior al 10% del precio de venta al público. A falta de estipulación, se presumirá que corresponde al autor o propietario dicho porcentaje...'. Si el caso no es el mismo, el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, ordena la aplicación analógica.

"La aplicación de este criterio originado y respaldado por una costumbre antiquísima, reduce sustancialmente la base de cálculo del daño emergente, por lo cual se ha producido un *error grave* que justifica la objeción que estoy formulando de dicho peritazgo.

"b) La jurisprudencia del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de 20 de marzo de 1980), ha sido clara en señalar que la indemnización de perjuicios debe mostrar: 'Esta o similar ecuación: Indemnización debida igual a deuda en la fecha del perjuicio, más intereses hasta que el pago se efectúe,

más devaluación'. Agrega que los rubros de devaluación e intereses puros buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital, mediante la compensación por la depreciación monetaria, con el propósito de mantener indemne el patrimonio del acreedor. Al referirse a 'intereses puros' expresa el Consejo de Estado que deben ser distintos de los intereses bancarios corrientes, pues estos últimos 'llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario'.

"Es un error entonces utilizar la tasa de interés bancario corriente para establecer la cuantía del lucro cesante, liquidando intereses de intereses, como lo hacen los peritos, puesto que el capital al que se le acumulan intereses para liquidar nuevos intereses, está ya ajustado por un índice de precios que refleja la desvalorización de la moneda. Esta forma de liquidación de la indemnización no se ajusta a la jurisprudencia últimamente citada y excede los principios de la equidad, en la medida en que grava al deudor con un doble sistema de reconocimiento de la depreciación monetaria: El que va involucrado en la tasa de interés corriente y el ajuste o indexación del principal adeudado. No sobra subrayar que por causas completamente ajenas a mi poderdante, el proceso de regulación de perjuicios ha demorado casi dos lustros. No se puede hacer recaer como responsabilidad del Banco de la República una demora que éste advirtió por la 'cascada' de pruebas que pidió la parte actora.

"Es pertinente transcribir el siguiente pensamiento del Consejo de Estado expresado en la sentencia ya referida: 'Pero aquí debe hacerse una precisión, porque si al crédito reajustado en función de la depreciación sufrida durante el lapso transcurrido entre la fecha del acaecimiento del hecho perjudicial y el pago, se le suma el interés corriente bancario que incluya el plus destinado a recomponer el capital, se originaría. . . .un enriquecimiento sin causa'.

"c) Como se observa en la forma de determinación del lucro cesante que obra en el dictamen pericial, a partir de 1973 se capitalizan anualmente los intereses calculados, para incrementar el capital que sirve a su vez de base para liquidar el lucro cesante del año siguiente y así sucesivamente.

"La anterior forma de liquidación contraviene lo dispuesto por el artículo 886 del Código de Comercio, que establece como regla general que los intereses pendientes no producirán intereses salvo en los dos eventos que la misma norma contempla, uno de los cuales es el de que se causan desde la fecha de la demanda judicial del acreedor. Esto también fue la reacción de una 'buena costumbre' nacional contra una

'mala costumbre' que consistía en el hecho bochornoso y usurario de capitalizar intereses para cobrar intereses de intereses.

"Por otra parte, la acreencia sólo se configura a partir de la sentencia constitutiva y, por lo tanto, no se puede admitir que antes hubiera una obligación exigible, y mucho menos se podría llegar al error de que antes de la sentencia se pudieran calcular intereses de intereses sobre una obligación inexistente.

"Debe tenerse en cuenta que aquí no hay demanda ejecutiva, ni ha habido siquiera la posibilidad de que se presente, porque en la condena *'in abstracto'* aún no se ha configurado la obligación clara, expresa y exigible que requiere el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, y que es la que trata de fijarse en el presente incidente de regulación de perjuicios".

Para la Sala la objeción no está llamada a prosperar pues el hecho de que los auxiliares de la justicia hayan utilizado un criterio para hacer la distribución de la utilidad, que no coincide con el empleado por el apoderado del demandado, no da pie para predicar que se tipificó un 'error grave'. Se observa, igualmente, que en este particular el mismo objetante acepta que él ésta haciendo uso de la filosofía consagrada en el artículo 1355 del Código de Comercio, utilizando la analogía. Sólo así se explica que destaque: *"SI EL CASO NO ES EL MISMO,* el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, *ORDENA LA APLICACION ANALOGICA"* (subrayas de la Sala). En materias como la que se analiza, no le es lícito a ningún interesado tornar UNIVERSAL la perspectiva desde la cual mira las cosas, pues esa tendencia lleva a una valoración equivocada de la conducta, esto es, a registrar verdades jurídicas únicas donde es posible tener tantas cuantos juristas se ocupen del tema.

Por lo que hace relación con la circunstancia de que los peritos utilizaron la tasa de interés bancario corriente para establecer la cuantía del lucro cesante, liquidando intereses de intereses, no obstante que el monto del capital fue actualizado, no es tampoco cargo que se deje ubicar dentro de la esencia jurídica que alimenta el error grave. Tales aspectos serán valorados por la Sala pero dentro de otra perspectiva, esto es, la que lleva al juez a aceptar o rechazar, en todo o en parte, el trabajo de los auxiliares de la justicia. Dentro de este enfoque se impone, igualmente, definir si éstos se ajustaron o no a las pautas fijadas en la sentencia. El apartamiento de lo dispuesto en éstas también puede dar lugar a que el juez se separe del dictamen, si no lo encuentra ajustado a las mismas, o estima que su contenido no es claro, preciso y convincente.

La objeción por error grave sólo se deja manejar y tiene vocación de éxito cuando se encuadra dentro de la filosofía que sobre el particu-

lar exponen los tratadistas de pruebas judiciales. Por vía de ejemplo puede citarse al doctor Antonio Rocha quien sobre la materia enseña:

"Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción de error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que éste realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá, sino en afirmar que el tunel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción moderna de los pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad se confunde con la verificación y que son ideas falsas las que no se prestan a tal operación. A esto se arguye que se puede admitir que la verdad no es conocida sino por la verificación, ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto de Tequendama, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase 'Precis de Philosophie', por Paul Foulquié, profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, Lógica, Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho síntesis)...pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto, cuál sería ese error, en qué consiste, cómo se comprueba?...Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. *La noción, es sin embargo, un poco relativa y estará, en últimas, sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial*...Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terreno para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan sólo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Botero.

"Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse" (Subrayas de la Sala. Universidad Nacional de Colombia. 3ª Edición. 1951, págs. 230 y ss.).

A la luz de la perspectiva jurídica que se deja expuesta, no prospera la objeción por error grave que en el momento procesal oportuno se hizo por el procurador judicial de la parte demandada al experticio rendido por los doctores Roberto Zubiría y Fernando Cadena Jiménez.

B) *Objeción al dictamen rendido por los doctores Luis Fernando Gutiérrez y Manuel José González Sánchez* (Cuaderno 1A fls. 363 y ss.).

El apoderado del Banco de la República, en su escrito visible a folios 363 y siguientes del cuaderno número 1A, destaca "...de una manera muy especial el aporte tan valioso que han hecho los doctores Luis Fernando Gutiérrez T. y Manuel José González S., que se observa —agrega— a lo largo de todo el texto del dictamen que acaban de presentar ante el honorable Consejo de Estado. Se trata en efecto de un dictamen muy objetivo que demuestra un altísimo grado de responsabilidad de los peritos y, por consiguiente, merece un reconocimiento por parte de mi poderdante.

"2ª La determinación de la utilidad neta en $ 2.475.750.54 que aparece en el cuaderno número 4 que obra en el folio 338 se ajusta completamente a la realidad de los registros contables que reposan en los archivos del Banco de la República...".

No obstante la valorización anterior, el mismo procurador judicial objetó el trabajo hecho por los auxiliares de la justicia, manejando así vivencias de contradicción. Los reparos de fondo al dictamen se concretaron en los siguientes términos:

> "De conformidad con las facultades conferidas por el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, por medio del presente escrito me permito objetar el dictamen pericial rendido por los doctores Luis Fernando Gutiérrez T. y Manuel José González únicamente en cuanto se refiere a la determinación del *lucro cesante,* que obra a partir de folio 341.
>
> "Esta objeción obedece a que según fallo de 20 de marzo de 1980, el Consejo de Estado (Sección Tercera) estableció que para determinar el lucro cesante *debe tomarse en cuenta, además de la deuda en la fecha del perjuicio y la depreciación monetaria, el interés legal del 6% anual señalado en el artículo 1617 del Código Civil y no el interés corriente* que certifica la Superintendencia Bancaria, por considerar que a diferencia de los intereses 'puros', los 'bancarios corrientes' ya 'llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario'.

"En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de 20 de marzo de 1980), ha sido clara en señalar que la indemnización de perjuicios debe mostrar: *'Esta o similar ecuación: Indemnización debida igual a deuda en la fecha del perjuicio, más intereses hasta que el pago se efectúe, más devaluación'* (hé subrayado). Agrega que los rubros de devaluación e intereses puros buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital, mediante la compensación por la depreciación monetaria, con el propósito de mantener indemne el patrimonio del acreedor. Al referirse a 'intereses puros' expresa el Consejo de Estado que deben ser distintos de los intereses bancarios corrientes, pues estos últimos 'llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario'.

"Es un error entonces utilizar la tasa de interés bancario corriente, como lo hacen los peritos, para establecer la cuantía del lucro cesante, puesto que el capital al que se le acumulan intereses para liquidar nuevos intereses, está ya ajustado por un índice de precios que refleja la desvalorización de la moneda. Esta forma de liquidación de la indemnización no se ajusta a la jurisprudencia últimamente citada y excede los principios de la equidad, en la medida en que grava al deudor con un doble sistema de reconocimiento de la depreciación monetaria: El que va involucrado en la tasa de interés corriente y el ajuste o indexación del principal adeudado, o índice de devaluación, depreciación o actualización monetaria.

"Cabe destacar aquí la solución adoptada por el honorable Consejo de Estado en fallo de 15 de febrero de 1985 (Expediente número 11.045, actor Industria Licorera del Valle; tomado del Tomo II 'De la Responsabilidad Civil' —Javier Tamayo Jaramillo— Temis 1986, pág. 280), en el cual expresa: 'A título de lucro cesante, la cantidad señalada como daño emergente devengará un interés puro o efectivo del seis por ciento anual. Este interés está desprovisto de toda corrección monetaria, como ha dicho en reiteradas veces la corporación'.

"Es pertinente insistir en el siguiente pensamiento del Consejo de Estado, manifiesto en la sentencia de 20 de marzo de 1980: 'Pero aquí debe hacerse una precisión, porque si al crédito reajustado en función de la depreciación sufrida durante el lapso transcurrido entre la fecha del acaecimiento del hecho perjudicial y el pago, se le suma el interés corriente bancario que incluya el plus destinado a recomponer el capital, se originaría, como dice el autor argentino atrás citado, *un enriquecimiento sin causa*' " (he subrayado).

Para la Sala la objeción por error grave, encuadrada dentro de la perspectiva anterior, no es de recibo, pues los reparos que se hacen al trabajo de los auxiliares de la justicia ameritan simplemente que el juez los examine dentro del marco de libertad que tiene para definir si las conclusiones de éstos son claras firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos. Agrégase a lo anterior que uno de los requisitos exigidos para la eficacia probatoria del dictamen es el de que el hecho objeto de éste *"sea pertinente"*. Por ello los tratadistas de pruebas enseñan: "Se contempla la relación del hecho con la causa civil, penal, etc.; si no existe y, por lo tanto, no puede influir para nada en la decisión del juez, a pesar de que el hecho resulte probado con el dictamen, éste carecerá de eficacia para ese proceso (aun cuando puede tenerla en otro, si allí resulta pertinente). La peritación será entonces eficaz intrínsecamente; pero resultará inútil en ese proceso (cfr. T. 1. número 96)" (Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo 2º. Quinta Edición. Hernando Devis Echandía, pág. 332).

Por las razones expuestas, la objeción al dictamen, por error grave, no prospera.

C) A la luz de los medios probatorios que obran dentro del informativo y siguiendo paso a paso las pautas fijadas en la sentencia de trece (13) de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977), la Sala concretará el monto de la condena en abstracto. Para llevar a cabo esta tarea, utilizará en parte las luces dadas por los auxiliares de la justicia, en cuanto sus conclusiones sean claras, firmes y ajustadas al fallo ya destacado.

Primera pauta. "Se tomarán las pruebas que obran en el expediente sobre número de monedas acuñadas y número de monedas vendidas".

Tanto en el trabajo llevado a cabo por los peritos doctores Roberto de Zubiría y Fernando Cadena Jiménez como en el presentado por los doctores Luis Fernando Gutiérrez T. y Manuel José González Sánchez, se llega a la conclusión de que las monedas acuñadas y vendidas de $ 500.00 y $ 300.00, fueron:

MERCADO NACIONAL

Cantidad		*Denominación*
5.000	de	$ 300.00
3.000	de	$ 500.00

MERCADO INTERNACIONAL

180		$ 300.00
151		$ 500.00

"En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de 20 de marzo de 1980), ha sido clara en señalar que la indemnización de perjuicios debe mostrar: *'Esta o similar ecuación: Indemnización debida igual a deuda en la fecha del perjuicio, más intereses hasta que el pago se efectúe, más devaluación'* (hé subrayado). Agrega que los rubros de devaluación e intereses puros buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital, mediante la compensación por la depreciación monetaria, con el propósito de mantener indemne el patrimonio del acreedor. Al referirse a 'intereses puros' expresa el Consejo de Estado que deben ser distintos de los intereses bancarios corrientes, pues estos últimos 'llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario'.

"Es un error entonces utilizar la tasa de interés bancario corriente, como lo hacen los peritos, para establecer la cuantía del lucro cesante, puesto que el capital al que se le acumulan intereses para liquidar nuevos intereses, está ya ajustado por un índice de precios que refleja la desvalorización de la moneda. Esta forma de liquidación de la indemnización no se ajusta a la jurisprudencia últimamente citada y excede los principios de la equidad, en la medida en que grava al deudor con un doble sistema de reconocimiento de la depreciación monetaria: El que va involucrado en la tasa de interés corriente y el ajuste o indexación del principal adeudado, o índice de devaluación, depreciación o actualización monetaria.

"Cabe destacar aquí la solución adoptada por el honorable Consejo de Estado en fallo de 15 de febrero de 1985 (Expediente número 11.045, actor Industria Licorera del Valle; tomado del Tomo II 'De la Responsabilidad Civil' —Javier Tamayo Jaramillo— Temis 1986, pág. 280), en el cual expresa: 'A título de lucro cesante, la cantidad señalada como daño emergente devengará un interés puro o efectivo del seis por ciento anual. Este interés está desprovisto de toda corrección monetaria, como ha dicho en reiteradas veces la corporación'.

"Es pertinente insistir en el siguiente pensamiento del Consejo de Estado, manifiesto en la sentencia de 20 de marzo de 1980: 'Pero aquí debe hacerse una precisión, porque si al crédito reajustado en función de la depreciación sufrida durante el lapso transcurrido entre la fecha del acaecimiento del hecho perjudicial y el pago, se le suma el interés corriente bancario que incluya el plus destinado a recomponer el capital, se originaría, como dice el autor argentino atrás citado, *un enriquecimiento sin causa*' " (he subrayado).

Para la Sala la objeción por error grave, encuadrada dentro de la perspectiva anterior, no es de recibo, pues los reparos que se hacen al trabajo de los auxiliares de la justicia ameritan simplemente que el juez los examine dentro del marco de libertad que tiene para definir si las conclusiones de éstos son claras firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos. Agrégase a lo anterior que uno de los requisitos exigidos para la eficacia probatoria del dictamen es el de que el hecho objeto de éste *"sea pertinente"*. Por ello los tratadistas de pruebas enseñan: "Se contempla la relación del hecho con la causa civil, penal, etc.; si no existe y, por lo tanto, no puede influir para nada en la decisión del juez, a pesar de que el hecho resulte probado con el dictamen, éste carecerá de eficacia para ese proceso (aun cuando puede tenerla en otro, si allí resulta pertinente). La peritación será entonces eficaz intrínsecamente; pero resultará inútil en ese proceso (cfr. T. 1. número 96)" (Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo 2º. Quinta Edición. Hernando Devis Echandía, pág. 332).

Por las razones expuestas, la objeción al dictamen, por error grave, no prospera.

C) A la luz de los medios probatorios que obran dentro del informativo y siguiendo paso a paso las pautas fijadas en la sentencia de trece (13) de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977), la Sala concretará el monto de la condena en abstracto. Para llevar a cabo esta tarea, utilizará en parte las luces dadas por los auxiliares de la justicia, en cuanto sus conclusiones sean claras, firmes y ajustadas al fallo ya destacado.

Primera pauta. "Se tomarán las pruebas que obran en el expediente sobre número de monedas acuñadas y número de monedas vendidas".

Tanto en el trabajo llevado a cabo por los peritos doctores Roberto de Zubiría y Fernando Cadena Jiménez como en el presentado por los doctores Luis Fernando Gutiérrez T. y Manuel José González Sánchez, se llega a la conclusión de que las monedas acuñadas y vendidas de $ 500.00 y $ 300.00, fueron:

MERCADO NACIONAL

Cantidad		*Denominación*
5.000	de	$ 300.00
3.000	de	$ 500.00

MERCADO INTERNACIONAL

180	$ 300.00
151	$ 500.00

Segunda pauta. "Se buscarán los precios reales de venta de las monedas tanto en Colombia como en el extranjero".

En este particular, la Sala acoge la parte pertinente del dictamen presentado por los peritos Luis Fernando Gutiérrez T. y Manuel José González Sánchez, por encontrar que sus conclusiones son convincentes y apoyadas en documentos originados en el centro de imputación jurídica demandado. En ella se lee:

"Procedimiento para la determinación del daño emergente y el lucro cesante:

"I. *Bases de cálculo:*

"Se tomaron las cifras correspondientes a las operaciones de venta de monedas de oro en sus denominaciones de $ 300.00 y $ 500.00 de valor nominal, registradas por el Banco de la República en cada una de las fechas que aparecen en los comprobantes suministrados por dicha entidad, tal como se indica a continuación:

"a) Ventas en el exterior (Ver anexos a y a1 y página 76 expediente): Octubre 11 de 1972: N.D. por US$ 4.871.31 por concepto de regalías en acuñación de monedas de oro, de cuyo valor, corresponde a las monedas de $ 300.00 y $ 500.00, US$ 1.699.99. Tipo de cambio vigente a la fecha: $ 22.38 × dólar;

"b) Ventas en el país (Anexo a3).

CUADRO Nº 1

Fecha	*Vr. Nominal de C/U*	*Nº Monedas*	*Vr. Nominal Total*	*Vr. Real de C/U*	*Vr. Total de venta*
Oct. 15-71	$300 (Anexo A-4)	3.771	$1.131.300	$ 540	$2.036.340
Oct. 15-71	$500 (Anexo A-5)	2.506	$1.253.000	$1.100	$2.756.600
Dic. 28-72	$300 (Anexo A-6)	1.173	$ 351.900	$ 540	$ 633.420
Dic. 28-72	$500 (Anexo A-7)	471	$ 235.500	$1.100	$ 518.100
Junio 27-73	$300 (Anexo A-8)	56	$ 16.800	$ 540	$ 30.240
Junio 27-73	$500 (Anexo A-9)	23	$ 11.500	$1.100	$ 25.300
TOTAL		*8.000*	*$3.000.000*		*$6.000.000*

"A fin de determinar la utilidad neta derivada de cada una de las operaciones registradas por el Banco de la República, se procede a establecer el costo del oro por cada moneda, el cual se obtiene de dividir el costo total del oro utilizado en la acuñación de las monedas de cada denominación por el total de gramos de oro registrados por el Banco en mayo 28 de 1971 y septiembre 20 de 1971, por un total de 280.575 gramos y un valor total de $ 7.299.554.74 (Anexos A-10 y A-11), cantidad que, fue utilizada para la acuñación de 24.500 monedas de diversas denominaciones (Anexo A-12), obteniéndose así el costo por gramo de oro:

$$\frac{\$\ 7.299.554.74}{280.575\ \text{Grms.}} = \$\ 26.0164117972$$

"El anterior factor obtenido por gramo de oro, se multiplica por el número de gramos utilizados en las monedas de $ 300.00 y $ 500.00, así:

Monedas de $ 300.00 : 58.050 Gramos × $ 26.0164117972 = $ 1.510.302.33

Monedas de $ 500.00 : 58.050 Gramos × $ 26.0164117972 = $ 1.510.302.33

El costo total del oro utilizado en cada grupo de monedas, se divide entre el número de monedas para obtener así el costo del oro atribuible a cada una de las denominaciones:

"Denominación: Costo Total del Oro + Nº Monedas = Costo × Moneda

Monedas de $ 300.00	:	$ 1.510.302.33	+	5.000	=	$ 302.060466
Monedas de $ 500.00	:	$ 1.510.302.33	+	3.000	=	$ 503.43411

"En igual forma el total de gastos registrados por el Banco de la República relativos a la acuñación y distribución de las 24.500 monedas fueron:

CUADRO Nº 2

"Oct. 15-71	$ 1.161.008.72	(Anexo A-13)
"Oct. 15-71 Comisión al Bco. Popular	$ 486.834.00	(Anexo A-14)
"Dic. 28-72	$ 11.080.95	(Anexo A-15)
"Jun. 27-73	$ 3.76	(Anexo A-16)
"Total de los gastos registrados	*$ 1.658.927.43*	

"El total de gastos se distribuye proporcionalmente al número de monedas así:

"Total gastos $ 1.658.927.43" / Total monedas 24.500 = 67.71132367 por moneda.

"Luego el total de gastos atribuibles a las operaciones en monedas de $ 300.00 y $ 500.00, se determina como sigue:

"Monedas de $ 300.00 : 5.000 monedas × $ 67.71132367 = $ 338.556.62

"Monedas de $ 500.00 : 3.000 monedas × $ 67.71132367 = $ 203.133.96

"Total gastos $ 541.690.58

"Teniendo en cuenta los cálculos de costos y gastos asignados a las operaciones de venta de monedas en sus diferentes denominaciones, se procederá a determinar la utilidad neta obtenida por el Banco en la fecha de registro de cada operación, restando del valor total de venta, el valor calculado de costos y gastos que la afectan, así:

"El valor total de venta tomado del cuadro número 1.

"El costo total del oro que se obtiene multiplicando el costo de oro de cada moneda por el número de monedas vendidas en cada fecha.

"Los gastos totales se obtienen multiplicando el gasto calculado para cada moneda, por el número total de monedas vendidas.

CUADRO Nº 3

Fecha	*Nº Moned.*	*Vr. Nom.*	*Vr. Total venta*	*Costo Total del Oro*	*Gastos Totales* =	*Utilidad Neta*
Oct. 15-71	3.731	300	$2.036.340.00	$1.139.070.00	$255.339.40	$ 641.930.60
Oct. 15-71	2.506	500	$2.756.600.00	$1.261.605.00	$169.684.58	$1.325.309.54
Dic. 28-72	1.173	300	$ 633.420.00	$ 354.316.94	$ 79.425.38	$ 199.677.68
Dic. 28-72	471	500	$ 518.100.00	$ 237.117.47	$ 31.982.03	$ 249.090.50
Jun. 27-73	56	300	$ 30.240.00	$ 16.915.39	$ 3.791.83	$ 9.532.72
Jun. 27-73	23	500	$ 25.300.00	$ 11.578.98	$ 1.557.36	$ 12.163.66
Total Nal.	8.000		$6.000.000.00	$3.020.604.66	$541.690.58	$2.437.704.76

"Más la utilidad (regalía) por ventas en el exterior (oficio del Banco de la República número 10089 de junio 18 de 1985, pág. 4) (Anexo A-17):

"US$ 1.699.99 × $ 22.38	$ 38.045.78
"Total de la utilidad neta obtenida	$ 2.475.750.54

"II. *Estimación del daño emergente.*

"Observando el criterio de equidad y teniendo en cuenta que el Banco de la República, pactó una regalía del 25% con el acuñador de las monedas, se fija el daño emergente en un porcentaje igual sobre la utilidad neta obtenida por el Banco en cada una de las fechas de registro de venta, así:

CUADRO Nº 4

Fecha	*Utilidad Neta*	× *25%*		*Daño Emergente*
Oct. 15-71	$ 1.967.240.14	× 0.25	=	$ 491.810.03
Oct. 11-72	$ 38.045.78	0.25		$ 9.511.45
Dic. 28-72	$ 448.768.18	0.25		$ 112.192.05
Jun. 27-73	$ 21.696.44	0.25		$ 5.424.11
Total	$ 2.475.750.54	(Ver cuadro Nº 3)		$ 618.937.64

"En cada una de las fechas de venta, se han sumado las utilidades determinadas para las monedas tanto de $ 300.00 como de $ 500.00".

Para la Sala es claro que la *utilidad neta* obtenida en la venta de las ocho mil monedas en Colombia monta dos millones cuatrocientos treinta y siete mil setecientos cuatro pesos con setenta y seis centavos ($ 2.437.704.76) y que la correspondiente a las ventas en el exterior fue de dólares US$ 1.699.99 que liquidados a la tasa de $ 22.38 por dólar da un monto de treinta y ocho mil cuarenta y cinco pesos con setenta y ocho centavos ($ 38.045.78). Sumadas las dos partidas, se tiene la suma de dos millones cuatrocientos setenta y cinco mil setecientos cincuenta pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 2.475.750.54) como utilidad neta obtenida por el Banco de la República.

Tercera pauta. Para la Corporación es de recibo lo anterior que manejaron los peritos para fijar la regalía en un veinticinco por ciento (25%), que es la misma que el Banco de la República pactó con el acuñador de las monedas. Se respeta así, igualmente, lo dispuesto en la pauta c) de la sentencia, donde se precisa que "...se tendrá en cuenta la Resolución número 50 de agosto 5 de 1970, para el cálculo de la regalía". Para la mejor comprensión de esta circunstancia particular del caso, se transcribe el texto del artículo 3º de la misma. Allí se lee:

"Artículo 3º. El Banco de la República cobrará a los fabricantes por el derecho de colocar estas monedas en los mercados del exterior, una regalía no inferior al veinte por ciento (20%) del precio de venta del oro, regalía que se recibirá en oro o en dólares. La utilidad que represente esta regalía, así como cualquiera otra originada en la acuñación de las monedas, ingresará a la Cuenta Especial de Cambios, conforme a las disposiciones legales".

Cuarta pauta. Para la Sala ha sido importante verificar que en los dos dictámenes los auxiliares de la justicia tuvieron en cuenta las certificaciones expedidas por el Banco de la República que obran a folios 30 a 32 y 75 a 77 del cuaderno número 2, como lo dispone la parte d) de la sentencia. Quede claro, sin embargo que las utilidades obtenidas, por las ventas en el país y en el exterior superan en poca cantidad los montos indicados en la constancia que obra a folios 30 y siguientes del cuaderno número 2, pues en ésta se dan utilidades aproximadas.

Quinta pauta. Para determinar el monto del lucro cesante, la sentencia precisó en el literal e), lo siguiente:

"El lucro cesante no podrá exceder el monto de los intereses corrientes" (Subrayas de la Sala).

El lucro cesante se liquidará teniendo en cuenta las tasas de interés corriente certificadas por la Superintendencia Bancaria, así:

Resolución	*Fecha*	*Tasa*
2865	Octubre 29/71	14%
290	Febrero 10/72	14%
2190	Julio 31/73	14%
0699	Marzo 12/74	16%
1472	Junio 23/75	16%
1487	Junio 23/76	18%
2087	Junio 28/77	18%

1800	Julio	13/78	18%
1068	Marzo	06/79	18%
4422	Agosto	28/80	18%
4037	Julio	24/81	18% vigente hasta octubre 15/84
4815	Octubre	30/84	33.6% vigente hasta marzo 25/86
1374	Febrero	27/86	33.81% vigente hasta mayo 25/87
1900	Mayo	22/87	32.52% vigente hasta diciembre de 1987

Procesada la liquidación por lucro cesante, dentro del marco anterior, se tiene el siguiente resultado:

15-Octubre de 1971
$ 491.810.03

TIEMPO

	meses	*días*	*total días*	
29-Oct./71 14%	—	14	14	$ 2.677.63
10-Feb./72 14%	3	11	101	$ 19.317.20
31-Jul./73 14%	17	20	530	$ 101.367.51
12-Marz./74 16%	7	12	222	$ 48.525.25
23-Junio/75 16%	15	11	461	$ 100.766.40
23-Junio/76 18%	12	—	360	$ 88.525.80
28-Junio/77 18%	12	5	365	$ 89.755.33
13-Julio/78 18%	12	15	375	$ 92.214.38
6-Marzo/79 18%	7	23	233	$ 57.295.86
28-Agost./80 18%	17	22	532	$ 130.821.46
24-Jul./81 18%	10	26	326	$ 80.165.03
24-Jul./82 18%	12	—	360	$ 88.525.80
24-Jul./83 18%	12	—	360	$ 88.525.80
15-Oct./84 18%	14	21	441	$ 108.444.11
15-Oct./85 33.6%	12	—	360	$ 165.248.17

25-Marz./86 33.6%	5	10	160	$ 73.443.63
25-Marz./87 33.81%	14	—	420	$ 193.994.45
31-Dic./87 32.52%	7	5	215	$ 95.517.70
		Total días	5.835	
		Intereses		$ 1.625.131.51
		Daño emergente		$ 491.810.03
		Total		$ 2.116.941.54

11-Octubre de 1972
$ 9.511.45

TIEMPO

	meses	*días*	*total días*	
29-Oct./71 14%	—	14	14	$ 51.78
10-Feb./72 14%	3	11	101	$ 373.59
31-Jul./73 14%	17	20	530	$ 1.960.42
12-Marz./74 16%	7	12	222	$ 938.46
23-Junio/75 16%	15	11	461	$ 1.948.79
23-Junio/76 18%	12	—	360	$ 1.712.06
28-Junio/77 18%	12	5	365	$ 1.735.84
13-Julio/78 18%	12	15	375	$ 1.783.40
6-Marzo/79 18%	7	23	233	$ 1.108.08
28-Agost./80 18%	17	22	532	$ 2.530.04
24-Jul./81 18%	10	26	326	$ 1.550.37
24-Jul./82 18%	12	—	360	$ 1.712.06
24-Jul./83 18%	12	—	360	$ 1.712.06
15-Oct./84 18%	14	21	441	$ 2.097.27
15-Oct./85 33.6%	12	—	360	$ 3.195.85
25-Marz./86 33.6%	5	10	160	$ 1.420.38
25-Marz./87 33.81%	14	—	420	$ 3.741.79
31-Dic./87 32.52%	7	5	215	$ 1.847.28

Total días 5.835	
Interés	$ 31.419.52
Daño emergente	$ 9.511.45
Total	$ 40.930.97

28-Diciembre de 1972
$ 112.192.05

TIEMPO

	meses	*días*	*total días*	
29-Oct./71 14%	—	14	14	$ 610.82
10-Feb./72 14%	3	11	101	$ 4.406.65
31-Jul./73 14%	17	20	530	$ 23.124.03
12-Marz./74 16%	7	12	222	$ 11.069.62
23-Junio/75 16%	15	11	461	$ 22.986.90
23-Junio/76 18%	12	—	360	$ 20.194.57
28-Junio/77 18%	12	5	365	$ 20.475.05
13-Julio/78 18%	12	15	375	$ 21.036.01
6-Marzo/79 18%	7	23	233	$ 13.070.37
28-Agost./80 18%	17	22	532	$ 29.843.08
24-Jul./81 18%	10	26	326	$ 18.287.30
24-Jul./82 18%	12	—	360	$ 20.194.57
24-Jul./83 18%	12	—	360	$ 20.194.57
15-Oct./84 18%	14	21	441	$ 24.738.35
15-Oct./85 33.6%	12	—	360	$ 37.696.53
25-Marz./86 33.6%	5	10	160	$ 16.754.01
25-Marz./87 33.81%	14	—	420	$ 44.254.15
31-Dic./87 32.52%	7	5	215	$ 21.789.57
		Total días	5.835	
		Interés		$ 370.726.15

	Daño emergente	$ 112.192.05
	Total	$ 482.918.20
		27 de Junio de 1973
		$ 5.424.

TIEMPO

	meses	*días*	*total días*		
29-Oct./71 14%	—	14	14	$	29.53
10-Feb./72 14%	3	11	101	$	213.05
31-Jul./73 14%	17	20	530	$	1.117.97
12-Marz./74 16%	7	12	222	$	535.18
23-Junio/75 16%	15	11	461	$	1.111.34
23-Junio/76 18%	12	—	360	$	976.34
28-Junio/77 18%	12	5	365	$	989.90
13-Julio/78 18%	12	15	375	$	1.017.02
6-Marzo/79 18%	7	23	233	$	631.91
28-Agos./80 18%	17	22	532	$	1.442.81
24-Jul./81 18%	10	26	326	$	884.13
24-Jul./82 18%	12	—	360	$	976.34
24-Jul./83 18%	12	—	360	$	976.34
15-Oct./84 18%	14	21	441	$	1.196.02
15-Oct./85 33.6%	12	—	360	$	1.822.50
25-Marz./86 33.6%	5	10	160	$	810.00
25-Marz./87 33.81%	14	—	420	$	2.139.54
31-Dic./87 32.2%	7	5	215	$	1.053.45

	Total días 5.835	
	Interés	$ 17.923.37
	Daño emergente	$ 5.424.11
	Total	$ 23.347.48
	Total intereses	$ 2.045.200.55

Total Daño Emergente	$ 618.937.64
TOTAL	$ 2.664.138.19

El resultado anterior comprende el período que corre entre el 29 de octubre de 1971 y el 31 de diciembre de 1987, respecto del cual obran dentro del informativo las certificaciones de ley sobre el monto del interés corriente. Sin embargo, la Sala dispondrá que se pague el interés corriente sobre la suma de seiscientos dieciocho mil novecientos treinta y siete pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 618.937.64) a partir de primero de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988) y hasta la fecha del pago, acompañando a la cuenta de cobro correspondiente la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria sobre el monto del interés corriente en el período.

D) La Sala considera de interés, para darle fuerza de convicción al proveído, destacar las razones por las cuales no acogió la liquidación presentada por el apoderado de la parte actora, ni tampoco la llevada a cabo por la parte demandada.

Perspectiva jurídica manejada por el procurador judicial de la parte demandante.

No lo hace suya la Corporación, por las siguientes razones:

Primera. Porque pretende que se le reconozca a su poderdante una regalía a la luz de lo preceptuado en el artículo 101 de la Ley 86 de 1946, que según sus cuentas monta tres millones ciento treinta y tres mil ochocientos pesos ($ 3.133.800.00). Esta pretensión, sin embargo, no puede ser despachada favorablemente porque se aleja de las pautas fijadas en la sentencia, donde se ordena tener en cuenta la Resolución número 50 de agosto 5 de 1970 *"para el cálculo de la regalía"*. Esta dispone: "El Banco de la República cobrará a los fabricantes por el derecho de colocar estas monedas en los mercados del exterior, *una regalía no inferior al veinte por ciento (20%)* del precio del oro, regalía que se recibirá en oro o en dólares (Cuaderno 2, fl. 18). Por ello la Sala encuentra de recibo la filosofía que se recoge en el experticio rendido por los auxiliares de la justicia señores Luis Fernando Gutiérrez T. y Manuel José González Sánchez, quienes al ocuparse del asunto, dijeron:

"Observado el criterio de equidad y teniendo en cuenta que el Banco de la República, pactó una regalía del 25% con el acuñador de las monedas, se fija el daño emergente en un porcentaje igual sobre la utilidad neta obenida por el Banco en cada una de las fechas de registro de venta...".

Discurriendo con la anterior perspectiva, los peritos fijaron ese *daño emergente* en la suma de seiscientos dieciocho mil novecientos treinta y siete pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 618.937.64).

Segunda: Porque actualiza el monto del daño emergente, olvidando quien así discurre, que ni en la demanda con que se inició el proceso, ni en la sentencia que desató la litis, se impetró o dispuso la indexación de la condena. En esta materia se recuerda a los profesionales del derecho que a través del incidente de que trata el artículo 308 del C. de P. Civil, no es posible al juez salirse del alcance del fallo, pues no puede ni modificar ni alterar éste.

Tercera. Porque, dejando de lado las pautas del fallo, le liquida intereses corrientes al daño emergente actualizado, más un interés del 8% (UPAC), filosofía que no es la que se maneja en la sentencia, pues en ésta se ordena que el lucro cesante no podrá exceder el monto de los intereses corrientes. Como aquél sólo montó seiscientos dieciocho mil novecientos treinta y siete pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 618.937.64), el referido interés se liquida sólo sobre esta cantidad, sin actualizarla, y sin cobrar intereses de interés, pues la ley prohíbe el anatocismo.

Perspectiva jurídica manejada por el apoderado del Banco de la República.

El mandatario judicial del centro de imputación jurídica demandado, en escrito visible a folios 363 y siguientes del cuaderno número 1A, destaca "...de una manera muy especial el aporte tan valioso que han hecho los doctores Luis Fernando Gutiérrez T. y Manuel José González S. que se observa a lo largo de todo el texto del dictamen...Se trata en efecto de un dictamen muy objetivo que demuestra un altísimo grado de responsabilidad de los peritos y, por consiguiente merece un reconocimiento muy especial por parte de mi poderdante" (Cuaderno 1A, fls. 363 y 364).

Al final del escrito afirma que su "...poderdante estima equitativa la ecuación establecida por el honorable Consejo de Estado y consistente en que la indemnización debida por mi poderdante *debe ser igual a la deuda en la fecha del perjuicio más los intereses 'puros' o lucro cesante, más la devaluación, depreciación o actualización monetaria o daño emergente dándole a la terminológica aquí empleada los mismos significados y alcances, trazados en la sentencia de 20 de marzo de 1980"* (Cuaderno 1A, fls. 366 y 367) (Subrayas de la Sala).

Manejando la anterior perspectiva, llega a la conclusión de que el *daño emergente* monta dieciséis millones cuatrocientos setenta y dos mil trescientos cinco pesos con ocho centavos ($ 16.472.305.08), y el total del lucro cesante un millón seiscientos cuarenta y seis mil quinientos un pesos con cincuenta y dos centavos ($ 1.646.501.52), para un gran total, por ambos conceptos, de dieciocho millones ciento dieciocho mil ochocientos seis pesos con sesenta centavos ($ 18.118.806.60), suma que el despacho tampoco puede aceptar, no obstante el asentimiento de la parte afectada, pues ella es el producto de una liquidación

que tampoco se ajusta a las pautas de la sentencia. Esta no habla de intereses puros, ni de devaluación, y, por lo mismo, no es posible manejar unas pautas, jurisprudenciales sí, pero no recogidas en el fallo, entre otras cosas, porque como ya se dijo, el demandante no enlistó tales aspectos en sus pretensiones. La demanda, se enseña, es el proyecto de sentencia, y, por lo mismo no puede el juez en principio exceder oficialmente *"el petitum"*, ni llenar por la misma vía los vacíos dejados por el demandante. El fallo tiene que ser congruente y esta figura jurídica demanda esa lealtad. El incidente para liquidar la condena en abstracto tampoco es oportunidad nueva que se brinde a ninguna de las partes para revisar el fallo, amparado con todos los afectos de la cosa juzgada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Resuelve:

1º Liquídese la sentencia calendada el día trece (13) de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977), proferida dentro del proceso número 1478, actor Margarita Villa de Gómez Jaramillo, demandado El Banco de la República. En consecuencia, el Banco de la República pagará a la señora Margarita Villa de Gómez Jaramillo, las siguientes sumas de dinero y por los conceptos que en cada caso se indican.

a) Por el total del *daño emergente*, la suma de seiscientos dieciocho mil novecientos treinta y siete pesos con sesenta y cuatro centavos moneda corriente ($ 618.937.64);

b) Por *lucro cesante*, por el período comprendido entre el quince (15) de octubre de mil novecientos setenta y uno (1971), y el treinta y uno (31) de diciembre de 1987, la suma de dos millones cuarenta y cinco mil doscientos pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 2.045.200.55) moneda corriente;

c) Por *lucro cesante* sobre la suma de seiscientos dieciocho mil novecientos treinta y siete pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 618.937.64), el monto que resulte de liquidar los intereses corrientes que certifique la Superintendencia Bancaria, para el período comprendido entre el primero (1º) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), y la fecha del pago. Para el cobro de la cantidad que resulte, bastará adjuntar las certificaciones de la citada entidad, haciendo la liquidación correspondiente con apoyo en ella, y teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

2º Declárase no probadas las objeciones por error grave formuladas respecto de los dos dictámenes periciales que obran dentro del informativo, por las razones destacadas en los considerandos de esta providencia.

3º El pago se hará en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PRINCIPIO DE EFICACIA

El ritualismo excesivo, el formulismo extremo son tan perjudiciales a la Ciencia del Derecho, como lo es indudablemente el desapego a las ritualidades establecidas en las normas positivas, el desacato por las formalidades previstas en los mandamientos legales, el descuido o desborde de los parámetros trazados en los estatutos procesales, que son de orden público.

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

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 1194. Actor: Jairo Gómez Aristizábal.

Desata la Sección Primera de la Corporación el recurso de *apelación* propuesto por la actora contra el auto de 29 de abril pasado, mediante el cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá inadmitió la demanda.

El auto apelado:

Dice el proveído objeto del recurso que se desata que el poderdante otorga su mandato para que "inicie y lleve hasta su culminación el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el Instituto Geográfico Agustín Codazzi..."; que un poder conferido en "los anteriores términos no es claro dada la indeterminación del objeto demandado, ya que el señor apoderado (...) mal puede incoar la demanda contra actos administrativos para los cuales no está autorizado para dirigir la acción contenciosa formulada"; que frente al artículo 143 del C. C. A. la demanda sería corregible dentro de los cinco días de que habla la norma, "pero como el tiempo señalado para instaurar la acción de restablecimiento vencía el 7 de abril de 1989 y la demanda fue presentada el tres, los cinco días a que hace alusión la norma rebasarían el término de caducidad de los cuatro meses haciéndose imposible la corrección y siendo por lo tanto inadmisible la demanda"; agrega además que por ser el acto atacado de carácter particular y concreto y por tanto acusable mediante la acción de restablecimiento del derecho, ésta es la viable y no la invocación

de las dos acciones que hace el demandante, como son la de nulidad del artículo 84 y la de restablecimiento del artículo 85 del C. C. A. Por todo esto el *a quo* inadmite la demanda propuesta (Ver fls. 23-24).

Razones del apelante:

El recurrente comienza diciendo en su escrito impugnatorio (fls. 26-28), lo que para él es el poder, cuál su contenido sustancial, que el aportado es un poder especial, que no puede considerarse el poder conferido como insuficiente o general y que no puede "sacrificarse el fondo de determinada situación administrativa en aras de preservar formalidades que en nada afectan la decisión que finalmente deba adoptarse".

Se considera:

La Sala comparte las razones dadas por el *a quo* para inadmitir la demanda presentada por el apoderado del actor en la forma destacada en el auto impugnado, con el mandato aludido, por lo cual mantendrá la decisión del tribunal de origen.

En efecto, el poder otorgado, aceptado por el apoderado del ciudadano Jairo Gómez Aristizábal, es claramente indeterminado, toda vez que aquél se confiere genéricamente y sin particularidad alguna, en estos términos: "...para que en mi nombre y representación de mis derechos (sic) inicie y lleve hasta su culminación el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, representado legalmente por el doctor Alvaro González Fletcher, en su calidad de Director General, con sede en la ciudad de Bogotá D. E." (Ver fl. 1). No es menester disquisición alguna para concluir que dicho poder, abiertamente indeterminado, contraviene la disposición 65 del C. de P. C., en cuyo inciso inicial se previene al final: "...*En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros*" (Se destaca).

Además, como lo dice el auto confutado, aquí se está accionando contra la Resolución 83592-012 de la Jefatura de la Oficina Seccional de Catastro del Caquetá, del IGAC, que confirma el avalúo de los cuatro predios identificados con las fichas catastrales allí individualizadas, "por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación", la cual resolución fue notificada al propietario de los inmuebles respectivos el día 7 de diciembre de 1988, conforme consta al folio 19 vuelto. Empero, la demanda fue presentada el día 3 de abril de 1989, como consta al folio 10 vuelto, "en ejercicio de las acciones contempladas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo" (fl. 2). Con lo anotado se evidencia lo que afirma el auto apelado en cuanto a la negativa de curso de la demanda para su corrección den-

tro de los cinco días de que trata el artículo 143 del C. C. A., siempre que este término "no quede comprendido en el de caducidad", pues los cuatro meses de caducidad de la acción de restablecimiento vencieron el 8 de abril de 1989; además de la especie de acción mixta propuesta, ante el acto particular y concreto acusado.

En cuanto a la anotación del recurrente sobre sacrificio del fondo de los asuntos por preservar ciertas formalidades, cabe anotar que ciertamente el ritualismo excesivo, el formulismo extremo son tan perjudiciales a la Ciencia del Derecho, como lo es indudablemente el desapego a las ritualidades establecidas en las normas positivas, el desacato por las formalidades previstas en los mandamientos legales, el descuido o desborde de los parámetros trazados en los estatutos procesales, que son de orden público. Sobre este aspecto justamente dice el tratadista Hernando Morales:

"Las actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales mediante las cuales el proceso cursa desde el principio hasta la definición y el conjunto de las cuales se llama procedimiento, deben amoldarse a determinadas condiciones de tiempo, lugar y medios de expresión (...). Estas condiciones se llaman formas procesales en sentido estricto. Las formas son necesarias en el proceso más que en cualquier otra relación social, pues su falta lleva al desorden y a la incertidumbre. (...) La inobservancia de las formas cuando afecta la estructura misma del proceso, la competencia o el derecho de defensa, implica nulidad procesal, si se configura la respectiva causal prevista en la ley; y en ocasiones determina la inexistencia del acto, pues ante todo debe mantenerse el debido proceso (art. 4º), dando lugar a que el acto informal deba renovarse, pues la Constitución garantiza su cabal cumplimiento (art. 26)" (Cfr.: "Curso de Derecho Procesal Civil", Parte General, 6ª Ed., Edit. ABC, Bogotá 1973, pág. 369).

Evidentemente dice este precepto 26 de nuestra Carta Política en su primer inciso: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Sobre el particular ha de agregarse esto que expresa el doctrinante Podetti, citado por Morales (Id., ib.): "He destacado la validez e importancia indiscutible del principio de formalismo, que lo colocan entre los puntales de la justicia. Suprimir el principio es suprimir el derecho procesal y dejar librada la suerte de la justicia a la voluntad individual de un hombre, humano y falible, aunque se llame juez. Pero no debo ocultar que la rutina, que se aferra al formalismo, es uno de los mayores obstáculos al progreso del derecho procesal y el mejoramiento de la justicia. Cuando una norma establece una formalidad, que no sirve en el momento histórico en que se aplica para asegurar un mayor acierto en la resolución del litigio, ese formalismo ha caducado, está vacío y sólo sirve para estorbar el desarrollo y la eficacia de otros principios".

Sirva lo anotado para que la Sección Primera del Consejo de Estado

Resuelva:

1º *Confirmar* el auto materia de apelación.

2º Costas para el apelante. Tásense por el *a quo*.

3º 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 treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

Improcedencia
CARRERA JUDICIAL / ACTO DE ELECCION / RECURSOS -

El Consejo de Estado al hacer la selección de los Magistrados, ejerce una facultad autónoma de libre nombramiento; se está en tal evento frente a actos condiciones que están sustraidos de los recursos gubernativos, dado que el ente nominador despliega una potestad discrecional.

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

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso número C-111. Demandante: Luis Alberto González Gómez.

El doctor Luis Alberto González Gómez interpuso recurso de reposición contra el Acuerdo número 21 de 18 y 19 de julio de 1989 expedido por el Consejo de Estado, Sala Plena y en la parte en que esta Corporación lo eligió Magistrado del Tribunal Administrativo de Boyacá en período de prueba.

Aspira a la revocación de dicho acto con el fin de que en cambio la designación se le haga "en propiedad", de acuerdo con el Estatuto de la Carrera Judicial.

Aduce en síntesis las siguientes razones a favor de la infirmaciación del mencionado acuerdo: Con fundamento en los artículos 142 de la Constitución Nacional, 6º y 34 del Decreto-ley 52 de 1987, los Fiscales de Tribunales —cual es su caso— gozan del mismo "privilegio" de los Magistrados ante quienes desempeñan sus funciones, consistente en que si a éstos por haber ejercido la magistratura por un lapso superior a un año, su elección por el sistema de concurso les da derecho a ser designados en propiedad, lo mismo debe suceder con quienes han servido a la Fiscalía por igual tiempo y han sido elegidos Magistrados que han de ser designados en propiedad y no en período de prueba.

Consideraciones de la Sala:

Estima ésta que el recurso de reposición es improcedente.

En efecto:

De conformidad con el Decreto 52 de 1987 el proceso de selección e ingreso de los candidatos culmina con la elaboración primero de la lista de elegibles y finalmente con la escogencia libre por la entidad nominadora de entre esa lista de los Magistrados que han de integrar los Tribunales (arts. 21 a 39, especialmente el art. 29).

Ha de recordarse y destacarse que precisamente el artículo 29 del Decreto 52 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en cuanto disponía que el nombramiento de los ganadores se haría "en estricto orden de resultado" porque así se eliminaba la posibilidad de elección por parte del nominador.

Es así entonces que el Consejo de Estado al hacer la selección de los Magistrados, ejerce una facultad autónoma de libre nombramiento. Se está en tal evento frente a actos condiciones que, según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, están sustraidos de los recursos gubernativos, el de reposición en el caso *sub lite*, dado que el ente nominador despliega una potestad discrecional. En otras palabras: No se ha de agotar la vía gubernativa como presupuesto procesal previo para acudir ante órgano jurisdiccional contencioso administrativo.

En mérito de lo expuesto la Sala Plena del Consejo de Estado *decide* no considerar el recurso de reposición por improcedente.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de veintinueve de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Antonio José de Irisarri Restrepo, Presidente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Betancur Cuartas, Samuel Buitrago Hurtado, Hernán Cardoso Durán, Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo,* ausente; *Jorge Penen Deltieure,* no asistió; *Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos,* ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

LEGITIMACION PROCESAL / PODER / ADJUDICACION DE BALDIOS / CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO

El demandante no excedió el poder. Este fue otorgado para demandar la nulidad de las resoluciones de adjudicación de baldíos. Cualquiera sea la acción intentada, la nulidad del acto de adjudicación producirá automáticamente el restablecimiento del derecho. Se trata del contencioso objetivo impropio, el que por activa permite accionar a cualquier persona, aún sin interés concreto y particularizado en la decisión, pero con alcance de restablecimiento para el titular del derecho afectado.

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

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 5471. Actor: Jaime Pumarejo Certaín.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 8 de julio de 1988, dictado por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante el cual se inadmitió la demanda presentada por el doctor Jaime Pumarejo Certaín y otros contra el INCORA.

Se obedece así lo decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la que en su reunión de 15 del pasado mes dirimió el empate que se suscitó en torno al alcance de los poderes que obran a folios 1 y 3 del cuaderno principal, en el sentido de que el primero era de carácter especial y podía otorgarse por documento privado por el comunero doctor Jaime Pumarejo Certaín; y de que el segundo, por ser de carácter general, no podía aceptarse para reconocer la personería de los restantes comuneros por no haberse otorgado por escritura pública.

Para tomar su decisión, expuso el *a quo:*

> "El doctor Jaime Pumarejo Certaín actuando en su propio nombre y en representación de otras personas que le dieron poder al efecto, presentó por medio de apoderado demanda ante el Consejo de Estado el 28 de junio de 1984,

tendiente a obtener la nulidad de varias resoluciones proferidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— (Proyecto Magdalena) en virtud de las cuales se adjudicaron como baldíos a varias personas —una por cada resolución— algunas tierras ubicadas en el Departamento del Magdalena, comprensión municipal de Ariguaní.

"La demanda se tramitó en la alta Corporación contencioso administrativa hasta que, a petición del apoderado de un opositor Carlos Enrique Mattos Liñán, se declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, ordenando la remisión de todo lo actuado a este tribunal, el que debe resolver ahora sobre la admisibilidad de la demanda.

"Ya este tribunal el apoderado del opositor ha solicitado se inadmita la demanda dando varias razones al respecto, mientras el procurador de los demandantes pide su admisión.

"Encuentra el tribunal que entre las razones dadas por el apoderado del opositor hay una válida para no admitir la demanda, y es la referente a la falta o insuficiencia de poder para actuar en la forma en que se hizo. En efecto, el poder fue dado por Jaime Pumarejo Certaín en su propio nombre y en el de las otras personas que lo autorizaron para ello (fl. 1 del cuaderno número 1). 'Para que en nombre y representación de todo inicie y lleve hasta su terminación en esa entidad demandada de *nulidad* contra las resoluciones números...'. Y más adelante en el poder expresa: 'El apoderado además de *pedir la nulidad* de las resoluciones citadas anteriormente, *podrá pedir* la práctica de pruebas, interponer recursos, recibir, sustituir, reasumir y *en general hacer uso de cualquier medio o institución procesales* que persigan la defensa de mis derechos y el de las personas que represento' (lo subrayado es del tribunal).

"En este párrafo final se reafirma en el poder que la acción que se pretende es la de nulidad, refiriéndose lo demás a los aspectos propios del procedimiento. Recuérdese que la acción es el derecho a utilizar los resortes del Estado en procura de una decisión judicial que resuelva conflictos, distintos al trámite para concretar esas peticiones que se hacen al Estado, que es el procedimiento, al cual se refieren las instituciones procesales.

"No obstante que el poder se otorgó para una acción de nulidad, el apoderado incoó una de restablecimiento del derecho, para lo cual no estaba facultado, razón por la cual debe inadmitirse la demanda, habida cuenta de que ya no puede corregirse por haber caducado la acción ya que pasa-

ron los dos años de que disponían los actores conforme al artículo 136 inciso sexto del Código Contencioso Administrativo, todo conforme al artículo 143 del mismo código".

Descontento con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso el recurso de apelación. En su sustentación, se apoya en el mandato contenido en el artículo 2148 del C. C. para afirmar que el poder era suficiente y que cuando la demanda se presentó, dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria del acto administrativo, la acción no había caducado. Hace hincapié el mismo recurrente en los términos mismos del poder para concluir que como allí se decía que podía "realizar todos los actos procesales que no estén reservados por la ley a la parte misma es decir, a mi poderdante doctor Jaime Pumarejo, la ley no le reserva, no le prohíbe que demande 'el restablecimiento del derecho' y como tal yo podía incoar la acción de restablecimiento del derecho, como lo hice. Es más, es tan clara esta norma en el sentido dicho, que ella misma establece que la única facultad que debe ser expresa es la de recibir".

Manifiesta también el recurrente que se da una razón más para la nulidad de la resolución impugnada, cual es la de no haberla publicado en el Diario Oficial, por tratarse de inmueble de cabida superior a las 50 hectáreas. Afirma, así mismo, que como el acto administrativo no fue publicado no podrá hablarse ni de caducidad de la acción, ya que sólo a partir de la aludida publicación empezó a correr el término de caducidad, ni de falta de agotamiento de la vía gubernativa porque no se dio oportunidad para ello.

Por su lado, el apoderado del demandado Mattos Liñán glosa la argumentación del recurrente y sostiene:

"a) Si la resolución de adjudicación no fue publicada debió hacerse la manifestación expresa en la demanda y no se hizo, contrariándose así el mandato del artículo 139 inciso 4º del C. C. A.;

"b) Si el conocimiento de la resolución se tuvo por otro medio, no es oportuno ahora alegar su falta de publicidad; el actor tuvo su conocimiento a partir de 5 de octubre de 1983, fecha de expedición del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Plato;

"c) El acto de adjudicación no es de carácter general y no existía excusa para ese no agotamiento de la vía gubernativa;

"d) Si el término de caducidad empezó a correr a partir de la fecha en que el demandante tuvo conocimiento del acto, y venció el 4 de febrero de 1984, ya que en ese entonces regía el término de caducidad de los 4 meses, cuando la demanda

se presentó el 20 de junio de 1984 ya la acción de restablecimiento estaba caducada;

"e) El certificado del registrador acompañado con la demanda 'está reducido su tamaño normal y parcialmente borrado, de tal manera que no contiene fecha de expedición ni otras leyendas o constancias que sí contiene el que certifica el registrador haber expedido con fecha 4 de octubre de 1983 y que obra en el expediente';

"f) La presentación del certificado por parte del demandante es cuestionable, pero lo que sí es indiscutible es la fecha que debe tenerse en cuenta para calificar la oportunidad o no de la presentación de la demanda".

Para resolver, se considera:

Las razones del tribunal.

Basa su decisión el *a quo* en la falta o insuficiencia de poder por parte del apoderado que formuló la demanda, ya que éste recibió poder para instaurar una acción de nulidad y formuló una de restablecimiento, para lo cual no estaba facultado, "razón por la cual debe inadmitirse la demanda, habida cuenta de que ya no puede corregirse por haber caducado la acción ya que pasaron los dos años de que disponían los actores conforme al artículo 136 inciso sexto del Código Contencioso Administrativo, todo conforme al artículo 143 del código".

Para la Sala el poder que obra a folio 1 del expediente es suficiente. Frente a los actos de adjudicación de baldíos, por expreso mandato de la legislación agraria, proceden hoy las acciones de nulidad y de restablecimiento, instaurables, aquéllas, por cualquier persona, incluso por la parte afectada, como es obvio, y éstas sólo por los interesados; y en ambas acciones, dentro del término de dos años contados desde su publicación o desde su ejecutoria, según el caso. Antes sucedía algo similar. El artículo 38 de la Ley 135 de 1961 permitía la acción de nulidad a cualquier persona, y el 42 las de nulidad y plena jurisdicción a los interesados, pero tanto la una como la otra, con un término igual de dos años.

Pero, cabe una precisión. Dada la índole del acto de adjudicación, su sola nulidad, cualquiera sea la acción elegida y cualquiera sea el demandante (la persona interesada o un tercero) forzosamente restablece el derecho de su titular, haya o no intervenido en la controversia. Fue precisamente éste el motivo que tuvo en cuenta esta misma Sala para remitir el proceso al Tribunal del Magdalena, porque la competencia de la Corporación en única instancia hace referencia a la simple nulidad de los actos expedidos por el INCORA.

Hecha tal precisión, interpretar el alcance del poder otorgado en el asunto *sub judice* (a fl. 1) no requiere mayor esfuerzo, dado el

efecto restablecedor que se produce con la simple nulidad. Con todo, gracias a los poderes interpretativos del juez, ese apoderamiento por ser hecho por quien se considera condueño del inmueble baldío, es inequívocamente para una acción de restablecimiento.

Pero aún, sin ejercer esos poderes interpretativos, nada impedía al doctor Pumarejo pedir la simple nulidad del acto de adjudicación. Si podía hacerlo cualquier persona sin interés concreto o particular, por qué no quien se dice afectado, en su carácter de copropietario?

No armoniza la Sala este poder con el que obra a folio 3 y por el cual se le confiere poder por los sedicentes comuneros al doctor Jaime Pumarejo Certaín, en acatamiento de lo dispuesto por la Sala Plena cuando dirimió el empate y concilió las tesis de los miembros de esta Sección, porque dicho poder, por ser de carácter general, debió otorgarse —como se expresó atrás— por escritura pública.

.....

Ahora bien. La sola nulidad de un acto de adjudicación de un bien baldío restablece la situación jurídica del titular del derecho afectado, con prescindencia de quien haya instaurado la acción.

Así, si se anulan las resoluciones demandadas expedidas por el INCORA (0521, 0524, 0603, 0632, todas de 1983), por medio de las cuales se adjudicó como baldío el predio "La Isla" a los señores Francisco Luis Andrade Tobías y otros, automáticamente el titular del derecho de dominio de ese bien (cualquiera que sea), recuperará su status jurídico. Además, y como se verá luego, la acción fue intentada por persona directamente afectada con los actos del INCORA, y se presentó la demanda dentro del término de caducidad, cual era el de dos años indicado en el artículo 38 de la Ley 135 de 1961; que excepcionaba, a la sazón, el de cuatro meses señalado en la norma general (art. 83 de la Ley 167 de 1941).

La caducidad de la acción de impugnación contra los actos de adjudicación de un bien baldío tenía en la legislación agraria anterior al nuevo Código Administrativo un término de dos años siguientes a su ejecutoria o desde su publicación en el Diario Oficial, según el caso; y tiene hoy en dicho código similar término, tanto para la nulidad como para el restablecimiento, contado desde la publicación cuando ella sea necesaria, o desde su ejecutoria en los demás casos (art. 136 inciso 6º del C. C. A.).

Se observa que en forma reiterada la jurisprudencia de esta Sala, con fundamento en la armonización de los artículos 38 y 42 de la Ley 135 de 1961, vigentes hasta la expedición del Código Administrativo, sostuvo que no existía duda alguna sobre el término de dos años para

la caducidad tanto de la acción de nulidad como de la plena jurisdicción.

Ahora bien. La demanda, según constancia secretarial que obra a folio 134 del cuaderno principal, fue presentada el 28 de junio de 1984, vale decir, dentro del término señalado en la ley. Ni siquiera tomando la fecha de expedición de las resoluciones impugnadas (15 de junio, 15 de junio, 1º de julio, y 21 de julio de 1983 en su orden, para las Resoluciones 0521, 0524, 0603 y 0632) podrá hablarse de esa caducidad; y menos si no se toma esa fecha sino la del certificado del Registrador de Plato, o sea el 4 de octubre de 1983.

Lo anterior, sin tener en cuenta el hecho de que las resoluciones de adjudicación, por referirse a inmueble de cabida superior a las 50 hectáreas (216-1.500), tenían que ser publicadas en el Diario Oficial, tal como lo imponía a la sazón el artículo 38 de la Ley 135 de 1961, en armonía con el Decreto 2703 de 1981, artículo 5º.

Según constancia que obra a folio 531 del cuaderno principal, esas resoluciones no fueron publicadas en el mencionado Diario.

Esta falta de publicación, incluso, impidió que se empezara a contar el término legal. Por eso la fecha de 4 de octubre de 1983 (la expedición del certificado del Registrador de Plato) se puede tomar como notificación por conducta concluyente, en los términos del artículo 48 del C. C. A.

Y aunque esta norma manda que cuando el interesado se dé por notificado podrá interponer los recursos de vía gubernativa posibles, en el caso estudiado ese agotamiento no era necesario, porque contra las decisiones impugnadas no cabía en vía gubernativa sino el recurso de reposición; y éste, tal como lo dispone el inciso final del artículo 51 del C. C. A., no es obligatorio. Por lo tanto, bien podía la parte actora acudir directamente a la vía jurisdiccional.

A la demanda presentada el 28 de junio de 1984 se le dio el trámite de rigor. El auto admisorio se dictó el 23 de junio siguiente, tal como consta a folio 135 del cuaderno principal.

Pero luego, por auto de 2 de mayo de 1988 se declaró la nulidad de todo lo actuado, incluyendo el auto admisorio y se remitió al Tribunal Administrativo del Magdalena. Este aprehendió su conocimiento y mediante auto de julio 8 de 1988 inadmitió la demanda, como se expresó atrás, por insuficiencia en el poder.

Despejados los puntos relacionados con el poder y con la caducidad de la acción a la fecha de la presentación inicial de la demanda, entra la Sala a analizar si cuando el expediente llegó al Tribunal de Magdalena el día 27 de mayo de 1988 (a fl. 40 del cuaderno número 1A) había o no caducado la acción propuesta.

El tema planteado no es nuevo para la Sala. Así en los autos de noviembre 3, agosto 1º y julio 28, todos del año pasado, que resolvieron puntos similares, se tuvo en cuenta la presentación inicial de la demanda y no la fecha de arribo del proceso al juez competente. Se estimó que en casos como el actual, todo se debió a la errónea interpretación que a la norma sobre competencia le dio esta Corporación y no a culpa del demandante; actitud que desorientó a los litigantes, los que acogieron esa pauta, por razones de autoridad, para la solución de sus litigios.

Para muestra se transcriben apartes del auto de noviembre 3 de 1988, en el que se recalcó que el tribunal deberá tener en cuenta al considerar la admisión de la demanda la fecha de presentación inicial de la misma y no la de llegada al despacho competente.

Allí se lee:

> "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 C. C. A.
>
> "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 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 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 restablece-

dores. 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 primer 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.

"La Sala reitera los puntos de vista expuestos en el auto suplicado. La nulidad deberá mantenerse, con esta 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 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 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" (Proceso 4602 Actor: Franz Luepke Liebscher).

En el proveído de julio 28 de este año, luego de aceptar que la demanda que no reúna las exigencias legales no interrumpe los términos de caducidad (art. 143 del C. C. A.), la Sala concluye:

"No obstante, su decisión será revocada, pero no por su culpa, sino porque el Tribunal de Cundinamarca, a cuyo conocimiento estuvo el asunto desde un principio, impidió

que el tema de la competencia se hubiera solucionado con oportunidad y dentro de los términos de la caducidad.

"Si el Tribunal de Cundinamarca, tan pronto recibió la demanda el 23 de octubre de 1986, hubiera definido su incompetencia, como era lo más lógico y elemental, el expediente habría llegado al de la Guajira antes de 6 de diciembre de ese mismo año, fecha en que fenecía el término de caducidad.

"Pero no hizo tal cosa. En su lugar, y como si fuera el competente, solicitó la copia de los actos acusados (auto de 24 de noviembre de 1986).

"La demora en su ejecución, cerca de un año, creó una falsa expectativa en el demandante; le quitó la oportunidad de corregirla, y agotó el término de caducidad, porque ese auto no tuvo la virtualidad de interrumpirlo" (Proceso 5280 Actor: Ramón Garrido Fernández).

Como el poder otorgado por los demás comuneros al doctor Jaime Pumarejo Certaín se considera que no reúne las exigencias legales por ser de carácter general, deberá inadmitirse la demanda frente a aquéllos.

Finalmente se anota:

Asiste la razón al señor apoderado del demandado Mattos Liñán cuando glosa la afirmación del demandante en el sentido de que el tribunal no podía inadmitir la demanda sino continuar su trámite.

El tribunal, como es obvio, podía admitir o no la demanda. Esto encaja en sus facultades, y con mayor razón cuando recibió el expediente luego de una declaratoria de nulidad procesal por incompetencia. Si esta Sala definió que suya era la competencia, el ejercicio de la misma permitía una u otra salida.

Asiste la razón también al demandado cuando afirma que no tiene sentido la alegación en torno a la agencia oficiosa, por cuanto no se dieron ni alegaron los supuestos exigidos en la ley para su operancia (art. 47 del C. de P. C.).

Para la Sala, tal como se explicó atrás, el demandante no excedió el poder. Este fue otorgado para demandar la nulidad de las resoluciones de adjudicación; esta es la terminología de la legislación agraria desde la Ley 135 de 1961, la que le permite a cualquier persona (incluida, como es obvio, la afectada) o a los procuradores agrarios solicitar la nulidad de los actos de adjudicación con un término común de dos años. Circunstancia que se entiende porque cualquiera sea la acción intentada, la nulidad del acto de adjudicación producirá automáticamente el restablecimiento del derecho. Se remite la Sala a la calificación que hizo en párrafo precedente de contencioso objetivo

impropio, el que por activa permite accionar a cualquier persona, aún sin interés concreto y particularizado en la decisión, pero con alcance de restablecimiento para el titular del derecho afectado.

No asiste la razón al señor apoderado del demandado cuando interpretó el inciso 4º del artículo 139 del C. C. A., como un requisito general de la demanda para su admisión.

No, ese no es ni puede ser el alcance de la ley y menos cuando el actor acompañó con su libelo la copia auténtica de los actos impugnados. Su sentido es simple y busca sólo facilitarle al demandante el lleno de la exigencia legal de que con la demanda debe acompañar la copia del acto acusado, cuando no la tiene en su poder porque no se la quiere dar la administración o ésta no la ha publicado.

La norma permite así que esa copia se consiga a través del despacho correspondiente. Si de este modo no fuera, le bastaría a la administración para impedir el ejercicio de las acciones de impugnación no expedir las copias o no publicar el acto en un periódico oficial.

Es evidente que el actor al tener en su poder las copias de los actos acusados, no podía, ni debía acudir a la vía que le da ese artículo 139 (inciso 4º) a los que no las han podido conseguir. En otros términos, él no se encontraba en la hipótesis prevista en la norma.

Es cierto que algunos actos deben publicarse y que otros deben notificarse personalmente o simplemente ejecutarse. Pero también lo es que frente a los dos primeros, aunque no se haya cumplido la exigencia legal, podrá darse la conducta concluyente, forma de notificación que suple la omisión de las citadas y que permite ejercer los recursos e interponer las acciones de ley.

Se encuentran las partes en esta contienda un tanto desorientadas sobre el agotamiento de la vía gubernativa. Los actos de adjudicación son susceptibles de agotamiento, pero contra ellos no procede sino el recurso de reposición, que es simplemente facultativo. En otros términos, cuando el acto no es pasible sino de reposición, el agotamiento de la vía, con su interposición, se entiende, como meramente opcional.

El término de caducidad contra los actos de adjudicación de baldíos es hoy de dos años (inciso 6º del art. 136 del C. C. A.) y lo fue igualmente de dos años durante la vigencia de los artículos 38 y 42 de la Ley 135 de 1961. La jurisprudencia anterior al Código Administrativo vigente fue reiterada en sostener ese término, con un argumento que aunque simplista no por eso menos obvio: Si cualquier persona o los procuradores agrarios tenían un plazo de dos años para demandar la nulidad del acto de adjudicación de un baldío, no tenía sentido que la persona directamente afectada con esa adjudicación no tuviera sino los cuatro meses que el artículo 83 de la Ley 167 de 1941 le asignaba a la antigua acción de plena jurisdicción. Fueron múltiples

las decisiones de esta Sala tomadas en ese sentido, apartándose así del concepto fiscal que abogaba por el término de los cuatro meses.

Como se infiere de lo anterior, no es atendible la argumentación de la parte demandada en el sentido de que cuando se presentó la demanda el 28 de junio de 1984 ya había transcurrido el término de cuatro meses que señalaba la Ley 167 de 1941, porque, como se explicó, en parte alguna la ley agraria hablaba de esa caducidad y la jurisprudencia fue reiterada en el plazo de dos años.

Como se dijo atrás, con este bienio, la demanda fue en todo caso oportuna, aún tomando como fecha inicial la que figura en los actos impugnados.

Critica la parte demandada el certificado presentado por la parte actora, de 4 de octubre de 1983, y da a entender que es falso. Pues bien, la ley brinda en esos casos la vía de la tacha o querella de falsedad. Tacha que se contempla en los artículos 289 y siguientes del C. de P. C. con una oportunidad preclusiva bien determinada, como que podrá formularse dentro de la contestación de la demanda, si se acompañó con ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia.

Da a entender así mismo el artículo 291 que en tales eventos "la noticia criminis" por parte del juzgador sólo podrá darse cuando dentro de la querella se decida que el documento es falso, total o parcialmente. Es evidente, que la parte afectada o sea aquélla contra quien se quiere hacer valer el escrito, no tendrá esa limitación.

Para terminar, vista la petición que hace el señor Juez Quinto de Instrucción Criminal Ambulante (a fl. 562 del cuaderno principal) se enviarán las copias requeridas para que obren en las diligencias sumarias seguidas contra el señor Carlos Peñaranda Masson, por denuncia del señor Alberto Mario Pumarejo Certaín.

Por lo expuesto la Sección Tercera del Consejo de Estado,

Resuelve:

Revócase el auto de julio 8 de 1988 dictado por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

En su lugar:

Admítese la demanda presentada contra las Resoluciones 0521, 0524, 0603 y 0632 de 1983, expedidas por el INCORA (Proyecto Magdalena), y formulada por el señor Jaime Pumarejo Certaín.

Notifíquese personalmente este proveído, tanto al señor Gerente General del Instituto como al Gerente Regional del Proyecto Magdalena. Así mismo al agente del Ministerio Público.

Notifíquese personalmente a los señores Francisco Luis Andrade Tobías, Silvia Tobías Uréñez (Ureña) y Silvia Rosa Andrade Tobías. Para tal efecto comisiónase al señor juez municipal de Ariguaní (Magdalena). Exhórtese con los insertos de rigor, copias de la demanda y sus anexos.

Fíjese en lista por el término de 10 días para que los demandados puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

Inadmítese la demanda en relación con Eva Certaín de Pumarejo, Beatriz Elena Pumarejo Certaín, Alberto Mario Pumarejo Certaín, Olga Pumarejo de Sáenz y Roberto Pumarejo K. por las razones dadas en la motivación.

Envíense las copias requeridas por el señor Juez Quinto de Instrucción Criminal Ambulante mediante oficio número 309 (Radicación número 06 numeral 1).

El Tribunal del Magdalena deberá cumplir lo aquí ordenado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 29 de septiembre de 1989.

Gustavo de Greiff Restrepo, Presidente de la Sala, aclaración de voto; *Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri Restrepo,* salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO - Improcedencia (Salvamento de voto)

La acción incoada no es un contencioso objetivo impropio porque la demanda pide expresamente el restablecimiento del derecho que estima vulnerado y dice claramente en qué consiste. El llamado contencioso objetivo impropio o acción de nulidad contra un acto administrativo de contenido particular que restablece automáticamente el derecho del titular, se caracteriza justamente porque el demandante formula como única petición, la de que se declare la nulidad del acto acusado, porque estima que con ella se colman sus aspiraciones.

Expediente número 5471. Actor: Jaime Pumarejo Certaín y otros.

Me separo de la providencia anterior por las siguientes razones:

Primera. Porque de ser cierta la tesis de la ponencia, conforme a la cual "la sola nulidad de un acto de adjudicación de un bien baldío restablece la situación jurídica del titular del derecho afectado, con prescindencia de quien haya instaurado la acción", habría que concluir —contra lo que expresamente dispone la ley— que no existen acciones de simple nulidad contra actos del INCORA, creadores de situaciones particulares y concretas, que puedan ser del conocimiento del Consejo de Estado en única instancia.

Segunda. Porque las consideraciones en torno a lo que se ha dado en llamar "contencioso objetivo impropio", denominación dada por el honorable Consejero de Estado doctor Humberto Mora Osejo al contencioso de simple nulidad u objetivo, enderezado a cuestionar la legalidad de un acto administrativo creador de situación jurídica particular, son totalmente ajenas al caso *sub lite.* En efecto, cuando el auto de que me aparto sostiene, en forma repetitiva, que dada la índole del acto acusado (adjudicación de un bien baldío), la simple declaratoria de su nulidad restablece forzosamente la situación jurídica del titular del derecho afectado, cualquiera que sea la acción intentada y con prescindencia de quién la haya instaurado, para deducir de ello que se está en presencia de una acción de nulidad con efectos de restablecimiento automático, que enjuicia un acto creador de situación jurídica particular, incurre en grave error, toda vez que la acción incoada no es, como se pretende hacerlo creer, un contencioso objetivo impropio y no lo es porque *la demanda pide expresamente el*

restablecimiento del derecho que estima vulnerado y dice claramente en qué consiste éste. En efecto, después de solicitar la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 0521 de 15 de junio de 1983, 0524 de la misma fecha, 0603 de 1º de julio de 1983 y 0632 de 21 de julio del propio año, expedidas todas por el INCORA —Proyecto Magdalena— (petición primera), agrega lo que a continuación transcribo textualmente: "*Segunda.* Que se ordene el restablecimiento del derecho de propiedad que han venido ejerciendo mis poderdantes sobre el predio La Isla, conforme lo ordena el artículo 85 del Decreto 01 de 2 de enero de 1984. *Tercera.* Ordenar que la sentencia que decreta la nulidad de las Resoluciones números 0521, 0524, 0603 y 0632, y el restablecimiento del derecho de propiedad en cabeza de mis patrocinados sobre el predio o fundo La Isla, sea inscrita en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Plato, Magdalena". Salta, pues, a la vista que no hay tal contencioso objetivo impropio, sino una clásica y típica acción de restablecimiento del derecho, pues hasta el artículo 85 del Código de lo Contencioso Administrativo que la consagra, se citó explícitamente en el *petitum* transcrito.

Pero además de esa circunstancia particular del caso, resulta que el llamado contencioso objetivo impropio o acción de nulidad contra un acto administrativo de contenido particular que restablece automáticamente el derecho del titular, se caracteriza justamente porque el demandante formula como única petición, la de que se declare la nulidad del acto acusado, porque estima que con ello se colman sus aspiraciones. Ahora bien: En el caso de que se trata, si tan sólo se declarara la nulidad de las resoluciones impugnadas, no quedarían satisfechas las pretensiones del actor quien, como ya se vio, pide expresamente el restablecimiento de su supuesto derecho de propiedad, y entonces la sentencia que se dictara sería una sentencia incompleta, con lo que se demuestra palmariamente que la simple declaratoria de nulidad que supone el contencioso objetivo, propio o impropio, no basta para satisfacer las pretensiones expresamente formuladas en la demanda.

Pero hay más aún: La interpretación que hace la providencia de la cual me aparto en el sentido de que la simple declaratoria de nulidad de los actos acusados restablecería forzosamente la situación jurídica del titular del derecho afectado, equivale lisa y llanamente a hacerle decir a la demanda, so pretexto de interpretar el querer del demandante, una cosa diferente a lo que clara y terminantemente expresa éste último en su *petitum,* según ya se vio. Y los poderes de interpretación del Consejo de Estado no pueden, ciertamente, llegar hasta el punto de enmendarle la plana al actor. No obstante, eso es lo que hace el auto del cual me separo.

Y una anotación final sobre este tema: La jurisprudencia y la doctrina han reconocido la posibilidad de que exista una acción de

nulidad con efectos restablecedores *(contencioso objetivo impropio,* según la terminología utilizada por el honorable Consejero Mora Osejo que la ponencia acoge entusiasmada). Pero lo que sí ha estado lejos de la mente del Consejo de Estado y de los doctrinantes nacionales más autorizados, es que pueda existir una acción de restablecimiento del derecho (art. 85 del C. C. A. de 1984), calificada así expresamente por quien la ejerce, que por arte de magia deje de serlo y se convierta súbitamente en un híbrido, con facetas de "ornitorrinco jurídico" (para emplear una expresión cara a uno de mis colegas de Sala), como el que configura la providencia de que disiento. Eso me parece inaceptable, ya que no alcanzo a columbrar el porqué de tan ingeniosa y *sui generis* construcción.

Tercera. Porque la providencia de que discrepo pasa por alto, como si fuera cosa de poca monta (o quizás porque es de mucha), la importantísima circunstancia de que los propios demandantes, incluyendo al doctor Jaime Pumarejo Certaín, reconocieron paladinamente la insuficiencia, para los fines que pretendían, de los poderes inicialmente otorgados al profesional del derecho que los representa, poder que ahora se califica de suficiente. Porque así lo reconocieron, es que a folio 408 del cuaderno principal aparece un escrito en que manifiestan *ampliar* el poder otorgado al abogado que lo representa "en la siguiente forma: El doctor (...) *no sólo queda facultado para iniciar y llevar hasta su culminación demanda de nulidad contra las resoluciones citadas y determinadas en el poder inicial, sinó* (sic) *que también queda facultado para solicitar se ordene el restablecimiento* del derecho de propiedad que hemos venido ejerciendo los propietarios del predio La Isla, *conforme lo ordena el artículo 85 del Decreto 01 de 2 de enero de 1984*" (Todas las mayúsculas son del texto; las sublíneas, mías). Pero dejó de considerar la providencia de que discrepo que esa "ampliación" del poder lo que realmente hace es otorgar nuevas facultades al apoderado, hacia el futuro, pero no opera retroactiva o restrospectivamente, con incidencias sobre lo ya hecho en ejercicio del poder ampliado, *ya que no ratificó* lo anteriormente ejecutado por el apoderado. A tal punto es ello cierto, que el propio abogado beneficiado con la "ampliación" de su mandato, *reconoció la insuficiencia del poder con que había venido actuando, cuando alegó una "agencia oficiosa" inconducente,* que la providencia de que me aparto no vacila en calificar de "alegación que no tiene sentido".

Cuarta. Lo anteriormente expuesto lleva derechamente a la conclusión de que la providencia inadmisoria de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena con fecha 8 de julio de 1988, visible a folios 521 y 522 del cuaderno principal ha debido ser confirmada por la Sala, pues ella se ajusta plenamente a derecho y a la realidad procesal, dado que el apoderado de la parte actora carecía de poder suficiente para proponer la demanda que propuso. Así lo reconocieron sus poderdantes y así lo aceptó el propio abogado. Lo

que sorprende, entonces, es que la ponencia de que me aparto ignore esa realidad incontrovertible que aparece de bulto en el proceso.

Fecha: *Ut supra.*

Atentamente,

Antonio José de Irisarri Restrepo, Consejero de Estado.

DEMANDA - Requisito / COPIA DEL ACTO (Aclaración de voto)

El presupuesto de la disposición del artículo 139 del C. C. A. es que el demandante no hubiere podido obtener copia auténtica del acto demandado o del medio oficial donde se publicó o de la publicación autenticada si se hizo en medio no oficial. Pero si se obtuvo y acompañó la copia auténtica, no tendría sentido obligar al actor a expresar bajo juramento alguno de los extremos contemplados en la misma norma, a saber o que el auto no ha sido publicado o que se le ha denegado su copia o que se le ha denegado la certificación sobre su publicación.

Referencia: Expediente número 5471. Actor: Jaime Pumarejo Certaín.

Con todo respeto para mis compañeros de Sala, amplío las razones que me han llevado a respaldar la decisión adoptada, así:

1º El inciso primero del artículo 139 del C. C. A. en armonía con el 85 de la misma obra, dispone que a la demanda el actor "deberá acompañar una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso" y que se reputan copias hábiles "las publicadas en los medios oficiales, sin que para el efecto se requiera la autenticación". En su inciso cuarto dice la primera de las normas citadas que "cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento...".

Los dos incisos citados deben interpretarse armónicamente y tienen como finalidad la identificación precisa del acto demandado, la determinación de su conocimiento y la autenticidad del mismo. Por esto, cuando se presenta una copia del acto publicado en medios oficiales se entenderá que llena esas condiciones, pero cuando se presenta una copia publicada en medio distinto y no autenticada no se tendrá como hábil y entonces, si no se presenta una copia con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, el actor deberá expresar que no ha sido publicado o que se le ha denegado su copia o la certificación sobre publicación en otro medio (no oficial) e indicará la oficina donde se encuentre el original, "a fin de que se solicite por el ponente antes de la admisión de la demanda".

Así pues, sólo si el interesado no presenta copia del acto publicado en medios oficiales o presenta una no autenticada o una de la publi-

cación en medio no oficial y no autenticada por el "funcionario correspondiente" (inciso 3º) es cuando debe indicar o la oficina en donde se encuentre el original o el periódico donde se hubiere publicado, con el fin ya indicado, y si lo que sucede es que no ha sido publicada (en el fin ya indicado, y si lo que sucede es que no ha sido publicada en medio oficial o no), lo que expresará así en la demanda bajo juramento.

Pero si el actor acompaña a su demanda copia del acto acusado con las constancias o de su publicación, o de su notificación o de su ejecución (si la publicación o la notificación o su ejecución, son del caso) no tendrá para qué prestar el juramento y/o indicar la oficina donde se encuentre el original o señalar el periódico en que se hubiere publicado, porque la disposición sobre estos extremos sólo tiene aplicación en ausencia de la copia auténtica del acto acusado. Y esto fue lo sucedido en el *sub judice* en el cual, como se expresa en el auto aprobado y dentro del cual aclaro las razones de mi voto, con la demanda se acompañó copia auténtica de los actos impugnados.

En otras palabras, el presupuesto de la disposición del artículo 139 del C. C. A. es que el demandante no hubiere podido obtener copia auténtica del acto demandado o del medio oficial donde se publicó o de la publicación autenticada si se hizo en medio no oficial. Pero sí se obtuvo y acompañó la copia auténtica, no tendría sentido obligar al actor a expresar bajo juramento alguno de los extremos contemplados en la misma norma, a saber o que el auto no ha sido publicado, o que se le ha denegado su copia o que se le ha denegado la certificación sobre su publicación.

2º Toda la argumentación del recurrente la monta sobre la circunstancia de presentarse el fenómeno de la caducidad, porque estima que el actor conoció la providencia acusada, sin duda alguna, el 4 de octubre de 1983 para enseguida alegar que como el proceso debió incoarse dentro de los 4 meses siguientes, cuando lo hizo ya estaba caducada la oportunidad para ello, pues sólo presento su demanda el 28 de junio de 1984.

Sin embargo, en el auto de la Sala, se explica que en procesos como el de que se trata de término de caducidad es de dos años, según jurisprudencia de esta Corporación sentado durante la vigencia de la Ley 167 de 1941 y mantenida con ocasión del nuevo C. C. A.

Sentado lo anterior, es conveniente aclarar que la falta de publicación de los actos del INCORA referentes al otorgamiento a particulares de baldíos no puede enervar la acción que se pretenda contra ellos, porque entonces, le quedaría fácil a cualquier adjudicatario enervar la acción limitándose a no publicar el acto respectivo, pues es a él a quien le corresponde realizar dicha publicación (art. 10, Decreto 810 de 1969).

3º Finalmente, en lo relativo a la naturaleza de la acción incoada (si de nulidad o de restablecimiento del derecho) estoy de acuerdo con la tesis plasmada en las consideraciones que llevaron a la resolución que se toma, porque no constituye sino una consecuencia de la ya clásica teoría de la Corporación sobre los motivos y finalidades que fue acogida desde 1961, que podría enunciarse así. No es la generalidad o particularidad del acto administrativo impugnado lo que determina si una acción es de nulidad o es de restablecimiento del derecho (de plena jurisdicción, como se la denominaba bajo la vigencia de la Ley 167 de 1941) sino que lo que determina su naturaleza son los fines que busca o se propone el actor.

A mi parecer, entonces, el que el poder que el actor otorgue hable por ejemplo, de acción de nulidad de un acto de adjudicación del INCORA (como sucede en el *sub judice*) o de nulidad de una liquidación oficial de una obligación tributaria y no añada nada más, es suficiente para entender que se ejercita una pretensión de restablecimiento pues la decisión que se tome por la jurisdicción en el sentido de anular tales actos, citados a manera de ejemplo, lleva implícita la pretensión de restablecimiento.

Dejo así, puntualizadas las razones de mi voto.

Gustavo de Greiff Restrepo.

Bogotá, D. E., 5 de octubre de 1989.

DEMANDA - Ineptitud / PODER / COADYUVANCIA

Los mismos requisitos que se exigen para la demanda, los debe cumplir el memorial-poder. En parte alguna dice el Código que el poder es o puede ser una parte de la demanda. Tal posibilidad de refundir dos actos en uno solo escrito, manteniendo cada uno su autonomía podría darse, a manera de ejemplo, en la solicitud de suspensión provisional la cual, lo dice expresamente el artículo 152 del C. C. A., debe sustentarse de modo expreso "en la demanda o por escrito separado" circunstancia opcional que no es procedente cuando de conferir poder se trata.
Tal como lo tiene establecido la jurisprudencia civil, se coadyuva en un juicio cuando una persona distinta de las partes interviene en el pleito con personería para hablar en él, emanada de causa o derecho distinto del derecho que es materia del juicio mismo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veinte de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente número 771. Resoluciones ministeriales. Actor: Seguridad Nutibara Ltda.

El señor Guillermo León Muñoz Aristizábal, representante legal de la sociedad Seguridad Nutibara Ltda. domiciliada en Medellín, instauró ante esta Corporación demanda de restablecimiento del derecho en la que aparece como demandada la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—. Habiéndose cumplido oportunamente todas las etapas procesales y entrado el expediente a Despacho para dictar sentencia, se entra a decidir por medio de esta providencia.

La demanda:

El señor Guillermo León Muñoz Aristizábal, Gerente de la empresa demandante, instauró, mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, demanda contenciosa de restablecimiento del derecho a fin de que, en sentencia, se declare:

1. Que son nulos los actos administrativos contenidos en las Resoluciones números 6875 de diciembre 10 de 1985 y 1368 de marzo 10 de 1987, proferidas ambas por el señor Ministro de Defensa y en virtud de las cuales se dispuso la cancelación de la licencia de funcionamiento de la sociedad denominada Seguridad Nutibara Ltda., domiciliada en la ciudad de Medellín por la primera, y se confirmó dicha decisión por la segunda.

2. Que como consecuencia de lo anterior se disponga que la sociedad actora tiene derecho a seguir gozando de la renovación de su licencia mientras no se demuestre que su conducta es violatoria de las normas legales que gobiernan esta actividad.

3. Que igualmente se condene a la Nación (Ministerio de Defensa) al pago de los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, ocasionados a la referida sociedad con el proceder de la Administración, y que se concretan en las utilidades que deje de percibir durante el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1987, fecha de cesación de sus actividades y aquella en que quede ejecutoriada la sentencia que resuelva esta controversia; rubro que se establecerá por medio de peritos.

4. Que al valor de la condena resultante se le dé aplicación al contenido del artículo 178 del C. C. A. relativo al ajuste del valor. Y que el fallo se cumpla en los término del artículo 176 y siguientes del C. C. A.

La causa petendi:

Exponiendo los hechos en que se fundamenta la demanda, dice el representante de la sociedad actora (en resumen):

a) La sociedad demandante Seguridad Nutibara Ltda., fue constituida mediante escritura pública el 9 de junio de 1982, dedicada según su objeto social, al servicio de la vigilancia privada de las diferentes actividades comerciales, industriales, residenciales, etc. La última licencia de funcionamiento fue concedida por Resolución ministerial número 307 de enero 25 de 1985;

b) El actual propietario la adquirió por medio de la Escritura Pública número 2669 de abril 30 de 1985 de la Notaría 15 de Medellín. En junio y octubre de 1985 fueron practicadas a la empresa por parte de la Policía Nacional, revistas inspectivas (sic) con resultados favorables;

c) El 31 de diciembre de 1985, la sociedad recibió notificación de que su licencia de funcionamiento había sido cancelada mediante la Resolución número 6875 de diciembre 10 del mismo año, "con funda-

mento en que la misma no ofrecía garantía en la conservación del orden público, pues no estaba utilizando su armamento en debida forma; y además que estaba prestando servicios de vigilancia a personas ubicadas al margen de la ley". Dicho acto fue recurrido en debida forma;

d) Para resolver el recurso, la Dirección de la Policía dispuso la práctica de una inspección. El resultado, contenido en el oficio 3243 COMEVAL/236 de abril 16 de 1986, establece que "en ningún momento se halla al borde de la ley". Desconociendo esto, el Ministerio de Defensa produjo la Resolución número 1368 de marzo 10 de 1987 por medio de la cual confirmó la cancelación. Esta decisión se notificó por edicto fijado el 3 de junio de 1987;

e) El Ministerio se excedió en la facultad discrecional imponiendo la sanción más fuerte a una empresa que no había sido sancionada antes, existiendo para estos eventos sanciones menos drásticas. Con la expedición del acto en tales condiciones se violentó la norma de fondo.

Las normas violadas:

El Gerente de la sociedad actora, considera que la Administración Nacional violó ostensiblemente las siguientes normas: Artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984; el artículo 161 del Decreto 1663 de 1979; los artículos 16, 17 y concordantes de la Constitución Nacional. Respecto al concepto del demandante sobre la violación, se hará la debida referencia en las consideraciones de esta providencia si a ello hubiere lugar.

Antes de concluir el libelo de la demanda, el representante legal de la firma actora dice conferir poder al doctor Alvaro Bustamante Ledesma para que represente a ésta en el proceso. El profesional, manifiesta que acepta y coadyuva.

La impugnación de la demanda:

La apoderada de la Nación —Ministerio de Defensa—, solicita que se mantenga la presunción de legalidad de las Resoluciones ministeriales atacadas y que no se declare su nulidad por cuanto fueron dictadas por el Ministro de Defensa acorde con lo establecido en el Decreto número 2810 de 16 de noviembre de 1984, literal f). Propone además la excepción de inepta demanda en razón de que la parte actora no aparece obrando por medio de abogado inscrito como lo establecen claras normas de la Constitución (art. 40) y del Código de Procedimiento Civil (art. 63, derecho de postulación).

Los alegatos de concusión:

A folio 135 del expediente se encuentra, a manera de alegato de conclusión, un escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y remitido luego a este Despacho, por el abogado Alvaro Bustamante Ledesma quien no tiene personería para actuar en el proceso puesto que ni la ha solicitado ni se le ha reconocido.

En cuanto a la apoderada del Ministerio de Defensa, alega en su memorial de conclusión una "indebida acumulación de pretensiones" por parte de la actora fundándose en que ésta propone una acción de restablecimiento del derecho "en la cual a más de pedirse la nulidad de los actos impugnados" (primera pretensión), se solicita que en consecuencia de esa declaración se siga gozando de la renovación de su licencia de funcionamiento (pretensión segunda), o sea la forma como pretende debe restablecerse su derecho. Mientras que la pretensión tercera, anteriormente expuesta, solicita el pago de una indemnización lo que implicaría una pretensión propia de la acción de reparación directa, puesto que es la consecuencia de la declaración de responsabilidad, es el reconocimiento de unos perjuicios. Lo que lleva a que se configure la indebida acumulación de pretensiones, el restablecimiento del derecho y reparación del daño, dado que de acuerdo con el artículo 85 del C. C. A., éstas se excluyen entre sí.

El concepto fiscal:

Enviado el expediente al Despacho del señor Fiscal Primero de la Corporación a fin de escuchar de él su concepto de fondo, éste expresó algunos puntos de vista basados en la transcripción que hace de lo dicho en el recurso de reposición interpuesto contra la primera de las resoluciones demandadas, concluyendo que "estos cargos, que no fueron desvirtuados, son básicos para las medidas tomadas en las resoluciones demandadas y así se tuvieron en cuenta al resolver el recurso de reposición". Y aunque no manifiesta el representante del Ministerio Público su concepto sobre si se deben acoger a no las peticiones de la demanda, parece estar por la negativa cuando opina que "el demandante debe hacer esos ajustes a fin de que haya viabilidad de que se renueve la licencia materia de la acción".

Tampoco hace el señor Fiscal pronunciamiento alguno sobre las excepciones propuestas por al parte demandada.

Consideraciones de la Sala:

En obedecimiento al ordenamiento legal, antes del examen de las pretensiones de la demanda y de la posibilidad de que éstas prosperen o sean denegadas, habrá de analizarse lo que hace relación a las excep-

ciones propuestas o a cualquiera otra que, como lo dice la ley, el fallador encuentre probada.

Avoca la Sala en primer lugar la *excepción de inepta demanda* propuesta por la apoderada de la Nación —Ministerio de Defensa— en la contestación de la demanda y sobre la cual hubiera sido útil conocer el criterio del Agente del Ministerio Público. Manifiesta la apoderada oficial que "en la demanda no aparece la parte actora obrando por medio de abogado inscrito para representar válidamente la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo". Apoya su petición en el artículo 40 de la Constitución Nacional según el cual "sólo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título profesional. Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito", y en el artículo 63 del C. de P. C. que determina: "Derecho de postulación: Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permite su intervención directa". Añade la proponente que al señor Guillermo León Muñoz se le reconoce personería judicial para actuar sin ser abogado inscrito y que, en el caso posible en que el actor haya considerado que lo que solicitaba era la nulidad simple, caso en el cual hubiera podido actuar como simple ciudadano, propone en subsidio la "excepción de inepta demanda por trámite inadecuado".

Ante las excepciones propuestas no asume posición alguna la parte actora.

Examinado con detenimiento el libelo que inicia la demanda, se observa que, en efecto, está redactado exclusivamente y en forma directa por el gerente de la sociedad Seguridad Nutibara Ltda., como representante legal que es de la misma. Se observa igualmente, que no hay duda en cuanto a la acción que instaura cual es la *"contenciosa de restablecimiento del derecho"*. Es decir, una acción en la que se requiere ser abogado inscrito si se actúa a nombre propio o que se debe ejercer a través de un profesional que lo sea en esta ciencia. El señor Muñoz Aristizábal no manifiesta ser abogado y su identificación se efectúa mediante la cédula de ciudadanía sin acreditar tarjeta de profesional del derecho debidamente inscrito.

Por otra parte, se hizo mención al finalizar el tercer capítulo de este proveído, a la manifestación hecha por el actor, dentro del cuerpo de la demanda, en el sentido de constituir un apoderado "para que represente a la sociedad demandada (sic) Seguridad Nutibara Ltda., en este proceso". Al final de la demanda, después de la firma del actor, aparece la del presunto apoderado bajo las palabras "Acepto y Coadyuvo".

Motivo de mesurada consideración y análisis serán estas manifestaciones ya que ellas constituyen el meollo de la excepción propuesta.

Dos patrones jurídicos nos servirán de guía para este efecto:

a) La ley ha querido revestir de cierta solemnidad la institución del apoderamiento. A tal efecto, establece el inciso segundo del artículo 65 del C. de P. C.:

"El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez del conocimiento presentado como se dispone para la demanda".

Lo que conlleva a la lógica conclusión, a la aserción irrebatible de que el poder es una cosa y la demanda es otra. Y que los mismos requisitos que se exigen para la demanda, los debe cumplir el memorial-poder. En parte alguna dice el código que el poder es o puede ser una parte de la demanda. Tal posibilidad de refundir dos actos en uno solo escrito, manteniendo cada uno su autonomía podría darse, a manera de ejemplo, en la solicitud de suspensión provisional la cual, lo dice expresamente el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, debe sustentarse de modo expreso "en la demanda o por escrito separado", circunstancia opcional que no es procedente cuando de conferir poder se trata. Y lo es mucho menos en el caso *sui juris* cuando no es el apoderado quien sustenta el libelo sino el poderdante. Desde la identificación del proceso, siguiendo con la solicitud de las declaraciones que se piden de la sentencia, la presentación de los hechos, el señalamiento de las normas violadas y el concepto de esa violación, la petición de pruebas y hasta la indicación de la competencia y los fundamentos de derecho aparecen signados por el actor. Se manifiesta así pues, en forma nítida, su comparecencia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo actuando a nombre propio en una acción en la que se requiere hacerlo por medio de apoderado.

b) Como ya se indicó, al final de la demanda aparece, a manera de un discreto eco de la extraviada manifestación del actor, la expresión "Acepto y Coadyuvo" seguida de la firma de quien, según la tarjeta presentada, es un profesional del derecho.

Vaga e incierta la expresión puesto que está al final de una demanda cuya aceptación correspondería al juzgador a quien va dirigida. Lo es también en cuanto no se sabe qué significación pueda tener, en este caso, la palabra "coadyuvo".

La coadyuvancia es tratada por el C. de P. C. en el Capítulo III "Intervención de terceros y sucesión procesal" cuando en el artículo 52 la justifica así:

"Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella" (inciso primero).

"El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio" (inciso segundo).

No aparece, en el caso examinado, ninguna prueba sobre el interés, ni sobre la relación sustancial, ni sobre la forma como pueda afectarse desfavorablemente con los efectos jurídicos de la sentencia quien firma la demanda como coadyuvante. No se ve de dónde emane su derecho a coadyuvar, de dónde su personería para actuar en el proceso. "Tal como lo tiene establecido la jurisprudencia civil (la coadyuvancia figura predominante civil), se coadyuva en un juicio cuando una persona distinta de las partes interviene en el pleito con personería para hablar en él, emanada de causa o derecho distinto del derecho que es materia del juicio mismo" (*Anales* de 1984, 2º semestre).

Sentados los postulados anteriores, aparece ciertamente configurada y comprobada la *excepción de inepta demanda* propuesta por la apoderada de la Nación —Ministerio de Defensa—, a causa de la indebida representación del demandante lo que constituye una flagrante violación del artículo 40 de la Constitución Nacional y del artículo 63 del C. de P. C.; siendo por consiguiente infructuoso, inane empeño y contradictorio a los usos procesales y a la misma economía, entrar a examinar a fondo las pretensiones de una demanda que, por lo expresado, no tiene opción para que se pronuncie sobre ella una sentencia de mérito.

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 disposición de la ley, después de haber solicitado el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

Falla:

Se declara probada en este proceso la excepción de inepta demanda, que inhibe para una decisión de fondo.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día diecinueve (19) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Luis Antonio Alvarado Pantoja, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos / SENTENCIA - Aclaración

Los efectos del fallo de nulidad de una norma de carácter general y abstracto, tanto en el pasado como en el futuro, pueden ser materia de análisis en cada caso particular siendo en ellos aplicable la jurisprudencia de esta Corporación y la doctrina, mas no pueden ser materia de pronunciamiento en la sentencia que está limitada a disponer solamente la anulación de la norma. Por igual consideración tampoco puede serlo en la aclaración de la misma si su parte resolutiva no ofrece duda alguna.

SENTENCIA - Aclaración

La aclaración sólo puede versar sobre los conceptos o frases dudosas que estén contenidos en la parte resolutiva o influyan en ella. En las acciones de nulidad los poderes del juez se limitan a declarar o no la nulidad solicitada mas no puede estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las anuladas.
Por la vía de la aclaración (art. 309 del C. de P. C.) tampoco cabe disponer sobre los efectos de la sentencia tanto en el pasado como en el futuro.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., veintiséis de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0082. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñones. Autoridades nacionales. Auto.

Atiende la Sala la solicitud de aclaración de la sentencia dictada en el proceso de la referencia el 25 de septiembre de 1989, formulada oportunamente por el doctor J. Raisbeck en su carácter de impugnador de la demanda.

El solicitante estima que según algunos apartes de las páginas 23 y 21 relativas a las interpretaciones que se dieron del artículo 1º del Decreto 3070 de 1983 eran válidas, pero que una vez anulado el segundo inciso, dejaría de tener validez la interpretación según la cual

era legítimo entender que el industrial debía pagar el gravamen en la sede fabril sobre la totalidad de los ingresos a nivel nacional, sin que existiera la obligación de pagar gravamen sobre la actividad comercial en los municipios en donde tuviera ubicadas sucursales o agencias.

Se queja el distinguido abogado en el sentido de que:

> "Sin embargo, la sentencia no indica los efectos que la declaratoria de nulidad del inciso segundo del artículo 1º del Decreto 3070 de 1983 tendrá sobre las actuaciones adelantadas por aquellos industriales que con anterioridad al fallo se hubieran acogido a la primera interpretación, perfectamente legítima, en el sentido de que estaban obligados a pagar el gravamen sobre su actividad industrial únicamente en el municipio donde se tuviera ubicada la fábrica, sobre la totalidad de sus ingresos provenientes de la comercialización de la producción, sin exclusiones de ningún tipo. ¿Los municipios en los que se haya vendido la producción a través de agencias, sucursales o establecimientos de comercio deben aceptar como válida esta conducta o tienen derecho a cobrar el impuesto de industria y comercio al industrial que ya haya pagado el gravamen en el municipio de la fábrica, tomando como base la totalidad de los ingresos provenientes de la comercialización de la producción? ¿Tienen derecho estos industriales a solicitar al municipio de la fábrica la devolución de los impuestos correspondientes o ventas realizadas en otros municipios a través de agencia, sucursales o establecimientos de comercio? Como puede observarse, la cuestión ofrece verdaderos motivos de duda".

Considera la Sala:

El artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, norma invocada por el solicitante y aplicable en virtud de la remisión a dicho código hecha por el artículo 267 del C. C. A., dice:

> "Artículo 309. Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario, los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella. Contra el auto que deniegue la aclaración no habrá recurso alguno.
>
> "La aclaración de autos procederá de oficio dentro del término de ejecutoria, o mediante el recurso de reposición".

Claramente la norma limita la posibilidad de aclaración de los conceptos o frases dudosas o aquellas que estén contenidas en la parte resolutiva o que influyeron en ella.

Conviene recordar que en materia de acción pública de nulidad, fundada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, como fue la impetrada y atendida en este proceso, las facultades del juez no son tan amplias como en las acciones de restablecimiento del derecho (basadas en los arts. 85 a 88 *ibídem*) en las cuales se le permite estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las anuladas según el artículo 170 del C. C. A. En aquellas o sea en las de nulidad, el juez se debe limitar a declarar o no la nulidad solicitada.

No puede dictar normas de reemplazo de las anuladas, tampoco puede precisar los efectos del fallo respecto a situaciones particulares acaecidas con anterioridad, puesto que la sentencia por ley tiene fuerza de cosa juzgada *"erga omnes"* y obligatoria a partir de su ejecutoria.

Los efectos del fallo de nulidad de una norma de carácter general y abstracto (como lo es un aparte de un decreto reglamentario), tanto en el pasado como en el futuro, pueden ser materia de análisis en cada caso particular siendo en ellos aplicable la jurisprudencia de esta Corporación (y en parte la de la Corte Suprema de Justicia) y la doctrina, mas no pueden ser materia de pronunciamiento en la sentencia que está limitada a disponer solamente la anulación de la norma. Por igual consideración tampoco puede serlo en la aclaración de la misma si su parte resolutiva no ofrece duda alguna.

La parte resolutiva que expresó la decisión mayoritaria sobre anulación del segundo inciso del artículo 1º del Decreto reglamentario 3070 de 1983, obviamente fue el producto del examen de las normas superiores invocadas, así como de las distintas interpretaciones que se le habían dado, pero las solas referencias sobre estas últimas, que se hicieron justamente para efectuar su análisis, no pueden tomarse ahora como aspectos dudosos o como puntos de apoyo para juzgar situaciones particulares que sucedieron con anterioridad definir u orientar posibles soluciones a ellas, situaciones que obviamente son desconocidas en el proceso que se ventiló y que no corresponden al mismo.

Máxime cuando la regulación del impuesto de industria y comercio, por ser de carácter local, también está conformada en cada municipio por los acuerdos del Concejo vigentes en los respectivos ejercicios fiscales y a ellos también están sometidos los contribuyentes.

Por estas consideraciones no resulta posible contestar los interrogantes planteados por la vía del artículo 309 sobre aclaración de la sentencia, limitada por la ley, como se dijo, a declarar la nulidad de una norma.

En atención a lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

No se accede a la aclaración de sentencia pedida en escrito visible a folios 381/383.

En firme este auto vuelva al Despacho para proveer sobre las demás peticiones pendientes.

Notifíquese y 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.

RECUSACION - Improcedencia

Es improcedente plantear un incidente de recusación de uno o varios de los integrantes de una Sala de Decisión, cuando ya el proceso ha terminado con sentencia y no quedó nada pendiente de resolver, pues eso sería como aceptar que la sentencia pudiera ser afectada posteriormente con nuevos recursos, trámites o incidentes, lo que no está previsto ni permitido por la ley procesal.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.— Bogotá, D. E., nueve de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Referencia: Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín D. y otros.

El señor apoderado especial del demandado-apelante Jaime Pumarejo Certaín, en escrito de fecha primero de noviembre del presente año, recusa formalmente a los Consejeros de Estado integrantes de esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, doctores Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona y Miguel González Rodríguez, fundándose para ello en las causales consagradas en los numerales 2º (haber conocido del proceso en instancia anterior), 7º (haber formulado los señores Consejeros indicados denuncia disciplinaria contra el actual apoderado especial del señor Pumarejo Certaín, la cual cursa en el Tribunal Superior de Barranquilla), 9º (por existir manifiesta enemistad, demostrada con hechos inequívocos, entre los señores Consejeros indicados y el actual apoderado especial del señor Pumarejo C.) y 12 del artículo 142 del C. de P. C., por haber el Magistrado Miguel González Rodríguez, en nombre de la Sección Quinta, dado concepto en las materias del proceso (—la relativa a la competencia para conceder o denegar los recursos extraordinarios de súplica—).

El señor apoderado del demandado-apelante, después de hacer un recuento de las incidencias del proceso, tanto en su primera como en su segunda instancia, se refiere a la sentencia de septiembre 25 de 1989, por la cual la Sección Quinta de la Corporación decidió el recurso de apelación ejercitado contra la sentencia de primera instancia, no sólo para criticarla por los, para él, evidentes cambios jurisprudenciales en cuanto al carácter de justicia rogada de esta jurisdicción y al principio de la "eficacia del voto", como si estuviera dentro de una

instancia más del proceso, sino para referirse en términos inaceptables, por lo desobligantes, impropios, injuriosos e irrespetuosos, a los jueces integrantes de la Sección, lo que le está vedado (art. 71-3 del C. de P. C.). Es así, como el señor apoderado indicado, no tiene reato e inconveniente alguno en decir que el Consejero ponente *"tuvo pleno conocimiento de que se estaba cometiendo un fraude procesal"*, y que, no obstante ello, no lo impide proponiendo a la Sección el decreto de la prueba de oficio; que la Sección dicta sentencia violentando toda nuestra "legislación procedimental con *argumentos falsos*, para darle plena validez, sin crítica ni motivación al "dictamen fraudulento de los peritos"; que no hacen "una presentación veraz y objetiva sobre el contenido de los procesos" y se convierten en defensores oficiosos de las actuaciones delictuosas de los peritos, Magistrados del Tribunal Administrativo del Atlántico, del apoderado del demandante Gustavo Certaín Duncan y otros"; y, que en la sentencia de septiembre 25 de 1989 "no se analizan los hechos de la controversia, las pruebas, ni se aplican las normas jurídicas pertinentes, *se desvían y amañan los argumentos de la parte demandada y las excepciones se resuelven de manera acomodaticia o no se resuelven, todo lo anterior para favorecer inexplicablemente la causa del actor Gustavo Certaín Duncan"* (subrayados fuera de texto). En fin, que los Consejeros falladores —e igualmente el conjuez a quien no recusa ni menciona en su escrito, aun cuando él con su voto contribuyó a la adopción de la decisión—, son cómplices de fraude procesal y de delito, falsarios, artífices de prácticas diestras para desconocer derechos y engañar a la gente.

Con base en todo lo anterior, y argumentando que los integrantes de la Sección Quinta ya habían conocido del proceso en instancia anterior —cuando conocieron y decidieron sobre los múltiples incidentes de nulidad procesal que planteó en la primera instancia el mismo apoderado, confirmando su rechazo por el *a quo*—; que, con motivo de esos incidentes, que para cualquier observador objetivo e imparcial fueron o constituyeron una dilación manifiesta más del proceso para evitar una decisión final, dentro de los términos de ley, la Sección se vio precisada, en cumplimiento de un deber legal, a poner el hecho en conocimiento del juez disciplinario —que no a denunciarlo, como lo asevera malintencionadamente el susodicho apoderado—, lo que demuestra la "manifiesta enemistad", entre los Consejeros de la Sección Quinta y el señor apoderado del demandado; y que, el ponente dio unas declaraciones para la radio y la televisión sobre la competencia de la Sección para conceder o no los recursos extraordinarios de queja, el señor apoderado del demandado propone la recusación de los integrantes de esta Sección.

Los términos inaceptables utilizados por el mencionado apoderado, que se transcribieron anteriormente, serían causa y fundamento, más que suficiente, para que la Sección, en aplicación del artículo 39-3 del C. de P. C., ordenara la devolución del escrito a que se viene refiriendo la Sección, a la persona que lo suscribe.

No obstante, la Sala considera que, igualmente, es su deber hacer un pronunciamiento sobre la recusación propuesta por el apoderado del demandado, para no dejar duda alguna sobre la actuación de sus integrantes en este proceso y demostrar que, por el contrario, se le han brindado todas las oportunidades de ley a las partes, en especial a la demandada, las cuales han utilizado hasta el extremo en este ya fatigante litigio.

El artículo 143 del C. de P. C. establece lo siguiente, en materia de recusaciones:

"Artículo 143. *Oportunidad y procedencia de la recusación.* Podrá formularse la recusación en cualquier momento del proceso o de la actuación para practicar pruebas anticipadas.

"No podrá recusar quien haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el Magistrado o juez haya asumido su conocimiento, siempre que la causal invocada fuere anterior a dicha gestión, salvo que al recusante le haya sido imposible conocerla antes, caso en el cual deberá afirmarlo bajo juramento, que se entenderá prestado por la presentación del correspondiente escrito.

"..." (subrayas fuera de texto).

Sobre la intención del legislador y los alcances de dicha disposición pretranscrita, los coautores de dicho estatuto procesal, los doctores Hernando Morales M. y Hernando Devis E., expresan, en su orden:

"...Sólo está legitimado para recusar quien haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el juez o Magistrado asuma el conocimiento, siempre que la causal alegada fuere anterior a dicha gestión, *o sea que aparecida la causal se debe recusar inmediatamente, pues efectuada cualquier otra gestión precluye la posibilidad de recusar.* Cuando la causal es sobreviniente a la gestión se puede recusar, pero rige la misma regla y así sucesivamente..." (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Séptima edición, pág. 117). Subrayas fuera de texto.

"...Así como se exige lealtad procesal para la alegación de nulidades, también se aplica el mismo criterio en materia de recusaciones; por ello, *no podrá recusar quien haya efectuado cualquier gestión en el proceso, después de que el Magistrado o juez haya avocado el conocimiento, cuando la causal fuere anterior a dicha gestión,* salvo que al recusante le haya sido imposible conocerla antes, caso en el cual deberá afirmarlo bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación del correspondiente escrito (inciso 2º). *Esto pone fin al abuso de esperar cómo marcha el asunto, para alegar la recusación si parece desfavorable o no alegarla si marcha favorablemente. Tampoco hay lugar a recusación cuando la causal se origina en el cambio de apoderado de una de las partes, es decir, si dicha causal existe en*

relación con ese nuevo apoderado, por ser una maniobra desleal (art. 143, inciso 3º), como acabamos de exponer..." (Compendio de Derecho Procesal, Sexta Edición, Tomo III, Volumen I, pág. 156) —Subrayas fuera de texto—.

Esta es, en síntesis, por lo menos en cuanto hace a tres de las causales de recusación invocadas por el peticionario, la situación qué se presentó en el presente caso: El señor apoderado de la parte recusante, después de que la Sala asume o avoca el conocimiento del proceso para tramitar y fallar el litigio en su segunda instancia, y dicta la sentencia correspondiente, invocando causales anteriores a su nueva gestión —ya había gestionado también parcialmente en la primera instancia—, es decir, mucho tiempo después de que las supuestas causales se dieron —según su criterio—, cuando encuentra que todo parece desfavorable para su patrocinado, resuelve recursar a los integrantes de la Sección sin fundamento jurídico alguno, pues es inconcebible que se alegue que por haber los integrantes de la Sala conocido de los incidentes de nulidad procesal planteados ante el *a quo* y posteriormente ante la Sección misma, no puedan decidir los recursos ejercitados contra las decisiones dictadas sobre ese o esos incidentes, y que por no haber prosperado la apelación de la sentencia interpuesta por su patrocinado y demás incidentes planteados, y, además, haberse ordenado compulsar copia de la parte pertinente de la actuación para que el Tribunal Superior de Barranquilla investigue la conducta profesional del apoderado del demandado, existe manifiesta enemistad y animadversión de los integrantes de la Sala hacia el indicado profesional, a quien los mismos ni siquiera conocen personalmente y por consiguiente ni siquiera han tratado, como tampoco han tenido oportunidad de hacerlo con su representado.

Pero es que, además, la Corte Suprema de Justicia también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la oportunidad para plantear la recusación de un Magistrado o juez, en los siguientes términos:

"...Al respecto, el artículo 143 del C. de P. C. señala la oportunidad y procedencia de la recusación al establecer que 'podrá formularse la recusación en cualquier momento del proceso o de la actuación para practicar pruebas anticipadas...', y el artículo 144, al indicar el trámite que debe dársele a la recusación, se remite al procedimiento consagrado en el artículo 137 sobre proposición, trámite y efecto de los incidentes.

"Ahora bien, sucede que la recusación contra el Magistrado ponente fue propuesta dos días después de haberse notificado el fallo que decidió sobre la demanda de casación, o sea que esperó a conocer el sentido de la sentencia que a la postre resultó adversa a los intereses de la parte por él representada para manifestar su inconformidad contra el fallador.

"Admitir y dar trámite a este criterio recusatorio, iría en contravención a la norma que fija como oportunidad para formular tal incidente el curso mismo del proceso, cuyo sentido está en perfecta armonía con lo preceptuado por el artículo 137 del C. de P. C., al consagrar que 'por regla general los incidentes no suspenden el curso del proceso, pero la sentencia no se pronunciará mientras haya alguno pendiente, sin perjuicio de los que deban resolverse en ella'.

"En el presente caso, la sentencia ya se había proferido y no quedaba nada pendiente para resolver. Además, contra el fallo que pone fin al trámite de la casación no procede recurso alguno. Entonces, admitir ahora que en el Magistrado ponente concurre alguna causal de recusación, ya fenecido el proceso por fallo judicial definitivo, sería tanto como aceptar que la sentencia recaida en él pudiera ser afectada posteriormente con nuevos recursos, trámites o incidentes, lo que no está previsto ni permitido por la ley procesal.

"Estos razonamientos conducen a la Sala a rechazar de plano la recusación propuesta contra..., *por encontrarla improcedente y extemporánea"* (Subrayas fuera de texto; providencia de abril 2 de 1986, Sala de Casación Laboral de la Corte, ponencia del honorable Magistrado Juan Hernández Sáenz, Expediente número 40).

En síntesis que, para la Corte Suprema de Justicia, no es procedente plantear un incidente de recusación de uno o de varios de los integrantes de una Sala de Decisión, cuando ya el proceso ha terminado con sentencia y no quedó nada pendiente de resolver, pues eso sería como aceptar que la sentencia pudiera ser afectada posteriormente con nuevos recursos, trámites e incidentes, lo que no está previsto ni permitido por la ley procesal. Ese criterio lo comparte íntegramente la Sección, y por ello, se ha dicho, y se reitera ahora, que no permitirá la dilación de la devolución del expediente al tribunal de origen para lo de su competencia y adoptará, como efectivamente se adopta en otra providencia de esta misma fecha, las medidas conducentes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, *resuelve:* No se admite el incidente de recusación planteado por el señor apoderado especial del demandado Jaime Pumarejo Certaín, por improcedente y extemporáneo.

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Euclides Londoño Cardona, Miguel Viana Patiño,* Conjuez.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SENTENCIA / NOTIFICACION / NOTIFICACION POR EDICTO / NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE

La fecha de una sentencia proferida por un juez plural será la del día, mes y año de la sesión respectiva en la cual se apruebe o la del día de la firma de la providencia por quienes la suscriben y su fecha cierta será la que aparezca en la respectiva providencia. Nada se opone a que habiendo transcurrido el término que la ley fija para la notificación personal de una sentencia, sin que ésta se haya efectuado, el secretario proceda a notificarla por edicto, cuya fijación podrá hacerse el mismo día en el cual se radique el expediente que pasó del despacho del Magistrado ponente a la Secretaría respectiva. Una irregularidad en la notificación de una sentencia, que consista en que no se notifique, por ejemplo, ni personalmente ni por edicto, acarrea que la providencia no sea oponible a la parte que la afecte, pero si ésta se da por notificada porque declara conocerla o porque interpone contra ella el recurso del caso, no es que se subsane la irregularidad sino que se produce la llamada notificación por conducta concluyente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Consejero ponente: *Doctor Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente número 5917. Actor: Sociedad Peña y Millán Ltda.

Se decide el recurso de queja interpuesto por el actor contra el auto del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de fecha junio 9 de 1989 por el cual denegó el recurso de apelación contra la sentencia del mismo tribunal, por haber sido presentado en forma extemporánea.

I. Antecedentes:

1º El *a quo* por medio de sentencia de fecha 19 de diciembre de 1988 resolvió las pretensiones del actor, denegándolas (fls. 1 a 13).

2º Dicha sentencia se notificó por edicto que fue fijado en la Secretaría del Tribunal el 23 de mayo de 1989 y desfijado el 27 del mismo mes y años (fl. 16).

3º El 2 de junio de este año el actor, inconforme con lo resuelto en la sentencia interpuso recurso de apelación (fls. 18 a 21) y el tribunal mediante el auto motivo del recurso de queja decidió denegar aquél con fundamento, se repite, en haber sido "presentado extemporáneamente" (fl. 22).

4º El actor pidió que se repusiera la providencia anterior y en subsidio que se le expidieran copias de élla (fls. 23 y 24). Alegó que la sentencia fue radicada en la Secretaría del Tribunal el 19 de mayo "siguiendo ésta (sic) fecha la que tiene el tribunal como la de la expedición de la providencia para efecto de surtirse la notificación a las partes. De tal suerte que, conforme a lo dispuesto por el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo la providencia debió notificarse personalmente dentro de los tres (3) días siguientes, esto es en los días sábado 20 de mayo, lunes 22 de mayo y martes 23 de mayo; después de estos tres días la providencia debió notificarse por edicto durante el término de cinco (5) días, que iniciaría el día miércoles 24 de mayo y terminaría el día martes 30 de mayo. Posterior a su desfijación debió transcurrir el término de ejecutoria en los días miércoles 31 de mayo, jueves 1º de junio y viernes 2 de junio", siendo esta última la fecha en que se interpuso el recurso de apelación que fue negado por extemporáneo.

El criterio del recurrente "el tribunal notificó en forma indebida la sentencia" "omitiendo lo preceptuado en el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo".

El apoderado de la parte demandante se opuso a la reposición pedida, expresando que "la sentencia como dice el recurrente es de fecha diciembre 19 de 1988, y al no haberse notificado personalmente 'dentro de los tres (3) días de haberse proferido', o sea, los días 20 de diciembre de 1988, 11 y 12 de enero de 1989, había lugar a la notificación por edicto como legalmente se hizo (art. 173, C. C. A.).

"Por otra parte, cualquier irregularidad que se hubiere presentado en la notificación de la sentencia, el recurrente la subsanó al no haber manifestado sobre la misma, en el acto de interponerse la apelación contra la sentencia" (fl. 26).

El Tribunal no accedió a reponer su auto, diciendo que:

"Habiendo sido radicada la sentencia el 19 de mayo del año en curso, sí abría ese mismo día la posibilidad de la *notificación personal,* término que venció el 22 de mayo del mismo mes y año dándose cumplimiento las (sic) exigencias del artículo 173 del C. C. A. El día ss. —23— se hizo la notificación por edicto, que venció el 27 del mismo mes y año. La ejecutoria se cumplió en los días 30, 31 de mayo y 1º de junio, cuando fue interpuesto el recurso de apelación, ya era extemporáneo".

Luego discurre sobre la interpretación que debe darse al artículo 173 del C. C. A. explicando que en su concepto permite la notificación de las sentencias en forma personal o por edicto "y cumplida una de ellas, cualesquiera, ha de entenderse que se ha dado satisfacción" a lo en él dispuesto.

Finalmente, agrega: "De otra parte, no existe norma alguna que disponga que el término de los tres (3) días para la notificación personal de una sentencia comienza a correr al día siguiente de su radicación o registro en los libros de la Secretaría; habiéndose efectuado esa radicación o registro de 19 de mayo de 1989 en los libros de la Secretaría, éste ha de tenerse como día hábil para la *notificación* personal" (fls. 27 a 30).

II. El recurso de queja:

Lo impetra el actor pidiendo que se defina "la controversia jurídica surgida en el caso *sub examine*" porque en su concepto, aun cuando la sentencia tiene fecha de 19 de diciembre de 1988, fue recibida en la Secretaría del Tribunal el día 16 de mayo de 1989 y sólo radicada en los libros respectivos de la misma el día 19, siendo esta fecha "la que debe tenerse como la de expedición de la sentencia porque anterior a tal fecha no era posible para ninguna de las partes tener acceso al expediente, dado que si no figura la anotación respectiva en el libro radicador se tiene como cierto que el expediente aún se encuentra a Despacho del Magistrado ponente". Con fundamento en esto el recurrente sostiene que el tribunal ha debido esperar a que pasaran los tres días a que se refiere el artículo 173 del C. C. A., lo que no hizo pues fijó el edicto solamente dos días después, "esto es, el día 20 y el día 22 de mayo", fijándolo antes del 23 cuando ha debido ser el 24 con lo cual su desfijación debía haber terminado el 30, estando dentro del término de ejecutoria el día viernes 2 de junio, que fue cuando interpuso el recurso.

III. Consideraciones de la Sala:

1º No es exacto, como lo afirma el recurrente que la fecha de una sentencia sea la del día, mes y año cuando se radique en la Secretaría del Tribunal que la profería.

No, la fecha de una sentencia proferida por un juez plural será la del día, mes y año de la sesión respectiva en la cual se apruebe o la del día de la firma de la providencia por quienes la suscriben y su fecha cierta será la que aparezca en la respectiva providencia.

La radicación en la Secretaría del expediente que contiene una sentencia (que no de ésta únicamente) sólo tiene por objeto facilitar al público la consulta de los casos que se encuentren en aquella así

como el orden de trabajo en élla, pero e ningún caso tiene el efecto de otorgarle fecha a una providencia y de aquí que las partes o sus apoderados nunca deben estarse a las anotaciones del libro radicador, el cual sólo les dará una orientación acerca del estado del proceso, sino que deberán consultar el expediente mismo para tener seguridad de su estado real.

2º Sentado lo anterior, resulta claro que nada se opone a que habiendo transcurrido el término que la ley fija para la notificación personal de una sentencia, sin que ésta se haya efectuado, el secretario de la Sección o de la Sala respectiva proceda a notificarla por edicto, cuya fijación podrá hacerse el mismo día en el cual se radique el expediente que pasó (o bajó, como suele decirse) del despacho del Magistrado ponente a la Secretaría respectiva.

Y si el edicto se fijó pasados por lo menos los tres días señalados en la ley para realizar la notificación personal, mal podrá alegarse que las partes a quienes se notifica en esa forma no podían tener acceso al expediente, pues es evidente que desde ese momento de la fijación lo tuvieron.

3º Así las cosas, si la sentencia materia del recurso se notificó mediante edicto y bajó a la Secretaría del Tribunal que la profirió el 16 de mayo de 1989, en donde se fijó el edicto el día 23 de este mismo mes y año y se desfijó el día 27 siguiente, no hay duda que la notificación se surtió en debida forma y tampoco la hay que quedó ejecutoriada el día jueves 1º de junio. Entonces, cuando se interpuso el recurso de apelación el día 2 de junio, es evidente que ello se hizo fuera de tiempo, es decir que fue extemporáneo y por ello procedió bien el tribunal cuando no lo concedió; por esto mismo se rechazará, por improcedente, el de queja.

4º Por vía de doctrina conviene glosar la afirmación del señor apoderado de la parte actora en el sentido de que "cualquier irregularidad que se hubiere presentado en la notificación de la sentencia, el recurrente la subsanó al no hacer manifestación sobre la misma, en el acto de interponerse la apelación contra la sentencia", pues esta afirmación no es exacta.

Una irregularidad en la notificación de una sentencia, que consista en que no se notifique, por ejemplo, ni personalmente ni por edicto (porque éste no se fije o porque se fije pero se desfije antes de tiempo) acarrea que la providencia no sea oponible a la parte que la afecte, pero si ésta se da por notificada porque declara conocerla o porque interpone contra ella el recurso del caso (el único sería el de apelación, arts. 180 y 181 del C. C. A.), no es que se subsane la irregularidad sino que se produce la llamada "notificación por conducta concluyente", de que trata el artículo 330 del C. de P. C.

Por lo expuesto,

Resuelve:

Primero: Estímase bien denegado el recurso de apelación.

Segundo: Por la Secretaría, envíese esta actuación al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que haga parte del expediente relacionado con el proceso número 14.221-1.157 del cual fue actor la sociedad Peña y Millán Ltda. y dentro del cual se profirió sentencia el 19 de diciembre de 1988.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 7 de diciembre de 1989.

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

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

INDICES

INDICE ANALITICO ALFABETICO

SEGUNDO SEMESTRE 1989

A

Págs.

ACCION DE REPARACION DIRECTA / INDEMNIZACION LABORAL / PRESTACIONES SOCIALES / INDEMNIZACION A FOR-FAIT

La Sala ha venido ordenando, sin una adecuada precisión, el descuento de las prestaciones sociales y las indemnizaciones de tipo laboral; olvidando que éstas tienen como causa una relación jurídica distinta al motivo que respalda la indemnización de perjuicios extracontractuales que obedece a una norma diferente. Por lo tanto, teniendo en cuenta las causalidades propias de unas y otras, las dos indemnizaciones son compatibles y por lo tanto el reconocimiento deberá ser pleno (Sentencia de octubre 30 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5275. Actor: Edelberto Portilla Zambrano). 237

ACCION DE LESIVIDAD / ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CADUCIDAD / BANCO CAFETERO - Naturaleza jurídica

El legislador extraordinario de 1984 no creó una acción especial como la de lesividad, sino que de una manera general consagró la posibilidad de que las autoridades administrativas ejercieran cualquiera de las acciones previstas para impugnar sus propios actos o los de otra entidad pública, pero siempre en condiciones especiales; con un término propio de caducidad y sin perención del proceso. Definida como entidad pública el Banco Cafetero en normas expresas de la legislación positiva, no puede aceptarse el argumento del *a quo* cuando echa de menos la prueba de que el Banco Cafetero sea una empresa comercial del Estado y que sea una entidad pública (Auto de julio 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2403. Actor: Banco Cafetero). 1126

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACCION CONTENCIOSA DE IMPUESTOS

La acción o más técnicamente la pretensión en los procesos contra actos liquidatorios de impuestos, puede ser también la que conduzca a una modificación y no a una anulación de dicho acto, esto es a que

Págs.

mediante una nueva liquidación signifique que aquella es nula en su totalidad. Cuando no se configure ninguna de las causales que conduce a la anulación completa de la liquidación, es posible modificar alguno de sus aspectos en cuanto se demuestre que fueron tratados en forma contraria a la ley (Ejercicio fiscal de 1979) (Sentencia de diciembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1119. Actor: Industrias Agrícolas El Carmen S. A.). 795

ACCION ELECTORAL - Objeto / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA ELECTORAL

La competencia para conocer por razón del ejercicio de la acción pública electoral de la nulidad de las elecciones de presidente de la República, designado a la Presidencia, senadores y representantes a la Cámara, así como de los que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o cualquiera autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada del orden nacional, no puede extenderse a la confrontación con reglamentos o estatutos y demás normatividad de categoría inferior dentro de la jerarquía del ordenamiento legal de la Nación (Sentencia de noviembre 23 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número 0304. Actora: Mercedes Mora Cruz). 596

ACCION DE REPARACION DIRECTA / CADUCIDAD

Como el inciso 4º del artículo 136 del C. C. A. redujo el término de tres años del Decreto 528 de 1964 (art. 28) a dos, cuando se presentó la demanda ya en vigencia del Nuevo Código Administrativo, hay que concluir, por fuerza, que su presentación fue extemporánea, porque el plazo venció a los dos años de vigencia del Código Administrativo (Sentencia de agosto 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5500. Actores: Marco Aurelio Bonilla y otra). ... 1139

ACCION DE REPARACION DIRECTA / INDEMNIZACION LABORAL / INDEMNIZACION A FOR-FAIT

Cuando un servidor público perece por fuera de los riesgos normales de su actividad, la acción de reparación es posible, así las personas damnificadas sean acreedoras a las indemnizaciones laborales por muerte del servidor. No podrá descontarse lo que laboralmente le correspondía al occiso y quedó radicado en sus causahabientes (Sentencia de octubre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5463. Actora: Olga Deyanira Ardila de Rincón). NOTA DE RELATORIA: En auto de octubre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 3484. Actora: María del Socorro Ríos, la

Págs.

Sala aplicó la doctrina anterior con la siguiente precisión: "Aplicada la tesis precedente resulta que en el caso aquí estudiado únicamente deberá deducirse de la indemnización el reconocimiento efectuado por el hecho de la muerte o sea $ 416.477.88 (Resolución 2826 de 4 de junio de 1982 del Ministerio de Defensa, a folio 59, cuaderno 1A) y no el declarado por concepto de cesantía y pensión a favor de la viuda e hijos que son consecuencia de la relación laboral estatutaria que unía a la víctima con la administración. La indicada cifra deberá descontarse de la siguiente manera: 50% de la indemnización correspondiente a la señora María del Socorro Ríos y el otro 50%, por partes iguales, a los dos hijos. Se procede así porque el reconocimiento se hizo no sólo a favor de la viuda sino de sus hijos y aquélla, en principio, le corresponde la mitad de los bienes de su marido". 210

ACCION DE REPARACION DIRECTA / INDEMNIZACION LABORAL / INDEMNIZACION A FOR-FAIT

Cuando un servidor público perece por fuera de los riesgos normales de su actividad, la acción de reparación es posible, así las personas damnificadas sean acreedoras a las indemnizaciones por muerte del servidor. No puede olvidarse que en este último evento, tales personas son causahabientes de esos derechos, mientras en las acciones de reparación directa ese derecho está radicado, por regla general, en cabeza del damnificado, por el perjuicio que sufrió y no como sucesor del derecho de la víctima (Sentencia de octubre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 3484. Actora: María del Socorro Ríos viuda de Zapata). 219

ACTIVIDAD COMERCIAL / SUPERMERCADOS / ALMACEN POR DEPARTAMENTOS

El acto demandado al incluir a los supermercados como "almacén por departamentos" no violó el Acuerdo 10 de 1974, como lo declaró la sentencia, ni desconoció los fines a que la misma hace referencia en el sentido de que la actividad comercial relacionada con los productos alimenticios no tenga impuestos muy altos, que se trasladen al consumidor, pues en cada caso concreto sería necesario establecer si la mayor producción de ventas es de productos alimenticios y darle aplicación al artículo 18 del Acuerdo 10 de 1974 (Salvamento de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos, a la sentencia de noviembre 17 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 0386. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales). 82

ACTIVIDAD COMERCIAL / SUPERMERCADOS / ALMACEN POR DEPARTAMENTOS

Dadas las características de los supermercados, deben incluirse en el Código 238 del artículo 2º del Decreto 950 de 1975 y no dentro del 236 *ibídem*, o sea en los almacenes de departamento, cuya diferencia impide clasificar a aquellos en éstos; de así ocurrir, se viola el Acuerdo

Págs.

10 de 1974 conforme al cual los supermercados se clasifican como tiendas o expendios para productos alimenticios en razón del destino final de los artículos, la alimentación. CONFIRMA LA NULIDAD de la expresión "supermercados" contenida dentro del Código 238 del artículo 2º del Decreto 950 de 1975 emanado de la Alcaldía Mayor de Bogotá (Sentencia de noviembre 17 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 0386. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. Con salvamento de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos). 76

ACUMULACION DE PRETENSIONES / DEMANDA ELECTORAL - Interpretación / PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL

Los actos de elección de diputados y concejales son totalmente independientes entre sí, pues los hechos sobre los cuales se fundamentan las pretensiones son diferentes porque violan normas electorales distintas, siendo, además, distinta la competencia para decidir sobre la validez de uno y otro. Para evitar denegación de justicia y por razón del principio de la economía procesal, el juez interpretará la demanda para verificar la posibilidad de proferir el fallo de mérito (Sentencia de septiembre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número 0322. Actores: Hugo Escobar Sierra y otro). 417

ALCALDE - Inhabilidad / SOCIEDAD - Socio

Una cosa es que el aspirante elegido y sus familiares sean socios de la sociedad o personal moral que contrata con el Estado, y otra, muy diferente, que la socia de la sociedad contratista del Estado sea otra persona jurídica, pues hasta allá, por lo menos ahora, no puede llegar la inhabilidad o incompatibilidad predicadas (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 438

ALCALDE - Elección / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA

En el caso de la elección popular de alcaldes municipales, la ley es terminante en radicar en la jurisdicción contenciosa administrativa la competencia para conocer de las demandas que se promuevan contra los actos administrativos, por los cuales se hagan esos escrutinios y la consiguiente declaratoria de elección, competencia que la tiene, en primera instancia, el respectivo Tribunal Administrativo y en segunda el Consejo de Estado (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 437

AMNISTIA PATRIMONIAL - Requisitos

Para que procediera la amnistía patrimonial, era necesario que el contribuyente cumpliera esencialmente dos requisitos: a) Que la renta

Págs.

líquida gravable declarada por la vigencia fiscal de 1982 fuera superior a la declarada por el año gravable de 1981 y b) Si la amnistía incluía bienes distintos de los señalados por el artículo 2º del Decreto 3747 de 1982, o activos movibles o dinero, debía hacerse la inversión prevista por el artículo 3º del Decreto 3747 de 1982 en armonía con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 236 de 1983 (Ejercicio fiscal de 1982) (Sentencia de agosto 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 1681. Actor: I. C. Prefabricados S. A.). 697

AMNISTIA PATRIMONIAL / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA POR CUANTIA (Salvamento de voto)

Lo que la sociedad demandante pretendió en la demanda y obtuvo en la sentencia es que se le acepte una amnistía patrimonial por trescientos millones de pesos, para que se le acepte esa suma posteriormente como costo en la liquidación de la obra, de suerte que ese es su interés económico y fija la cuantía de la pretensión; su caso está regulado en el artículo 132 del C. C. A., numeral 5º por tratarse de una controversia sobre impuestos y la competencia en primera instancia es del Tribunal Administrativo por lo que no es aventurado afirmar que el Consejo de Estado no tiene competencia para decidir la controversia en única instancia (Salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn a la sentencia de agosto 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 1681. Actor: I. C. Prefabricados S. A.). 705

APORTES PARAFISCALES / SENA - Aportes / PRIMAS EXTRALEGALES

Todas las primas que reciba el trabajador durante los días de trabajo o los descansos legales, constituyen remuneración derivada del contrato laboral. La convención es ley para las partes, pero ello no significa que pueda alterar las previsiones de la ley para efectos tributarios o paratributarios, campo en el cual obran las definiciones legales, para el caso el concepto de salario, que no puede ser otro distinto del que surge del Código de la materia. De lo contrario, las convenciones particulares resultarían oponibles al fisco, desvirtuando con ello las disposiciones de la ley (Ejercicio fiscal de 1978) (Sentencia de octubre 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1985. Actor: Sofasa S. A. Con aclaración de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano). 743

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones / MESA DIRECTIVA - Elección

La elección de mesa directiva de la Asamblea es atribución que, por concernir con el funcionamiento de la Corporación es intrínseca a su naturaleza y, por ende, no requiere que se la someta a su consideración por el gobernador del Departamento en sesiones ordinarias y tampoco en las extraordinarias (Auto de agosto 22 de 1989. Sala de lo Conten-

Págs.

cioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente número 0328. Actor: Fabio Olmedo Palacio Valencia). 591

C

CARRERA JUDICIAL / ACTO DE ELECCION / RECURSOS - Improcedencia

El Consejo de Estado al hacer la selección de los magistrados, ejerce una facultad autónoma de libre nombramiento; se está en tal evento frente a actos condiciones que están sustraidos de los recursos gubernativos, dado que el ente nominador despliega una potestad discrecional (Auto de septiembre 8 de 1989. Sala Plena. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número C-111. Actor: Luis Alberto González Gómez). 1211

CASO FORTUITO / FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA / USO DE ARMAS

La causa desconocida; que los administrativistas franceses denominan caso fortuito, dentro de la concepción de la falla presunta del servicio no constituye elemento exculpativo de la responsabilidad, a menos que la administración demuestre la extremada diligencia y prudencia con que debe actuar cuando se trata del manejo de instrumentos de uso oficial tan peligrosos como son las armas de dotación. La circunstancia de no conocerse qué produjo el disparo mortal no exonera de responsabilidad a la administración, porque el caso fortuito no exonera a la administración frente a este tipo de perjuicios (Sentencia de noviembre 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5573. Actores: Félix Celis Palencia y otros). 288

COLPUERTOS / ACTOS - Naturaleza / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA / TASA - Concepto

Cuando las empresas industriales o comerciales del Estado excepcionalmente ejercen funciones públicas, que le son confiadas en el acto de su creación, las decisiones que profieran para cumplirlas deben considerarse administrativas y su juzgamiento corresponde a la justicia contencioso administrativa. Lo cobrado por concepto de servicios portuarios es una tasa, o sea la cantidad que cobran las entidades públicas como retribución por los servicios que prestan (Auto de noviembre 10 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número S-011. Actor: Navemar Ltda. Con salvamento de voto de los doctores Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Carlos Betancur Jaramillo). 960

COLPUERTOS / ACTOS - Naturaleza / JURISDICCION ORDINARIA / COMPETENCIA

No existe disposición que señale que la explotación de los terminales marítimos y fluviales, que es lo desarrollado por COLPUERTOS esté

Págs.

sometida al derecho público y antes por el contrario el Código de Comercio define como mercantil "la explotación o prestación de servicios de puertos, muelles..." de donde se infiere que tal actividad está sometida al régimen de derecho privado (Salvamento de voto del doctor Joaquín Barreto Ruiz, al auto de noviembre 10 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número S-011. Actor: Navemar Ltda.). ... 969

COLPUERTOS / ACTOS - Naturaleza / JURISDICCION COMPETENTE

Al cambiar la naturaleza jurídica de COLPUERTOS por la de empresa comercial del Estado a partir del Decreto-ley 561 de 1975, cambió también la regulación legal de sus actos. El servicio de puertos es una actividad típicamente comercial que ni siquiera es monopolio del Estado colombiano. La circunstancia de que los particulares requieran autorización gubernamental para explotar los puertos y cobrar tarifas, no implica que tal actividad por tales circunstancias sea o adquiera un carácter de servicio público y el cobro respectivo sea una "tasa", pues aquellas limitaciones también rigen para muchas actividades sin que se considere a sus prestatarios sometidos al derecho público (Salvamento de voto del doctor Jaime Abella Zárate, al auto de noviembre 10 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número S-011. Actor: Navemar Ltda. A este salvamento se adhiere el doctor Alvaro Lecompte Luna). ... 976

COLPUERTOS - Naturaleza de sus actos / COLPUERTOS - Régimen legal / COMPETENCIA FUNCIONAL / JURISDICCION ORDINARIA

(Salvamento de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos, al auto de noviembre 10 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número S-011. Actor: Navemar Ltda.). ... 978

COMISION ESCRUTADORA - Actas / JURADO DE VOTACION - Actas

El legislador distingue entre las actas en que los jurados de votación consignan el cómputo de los votos de aquellas suscritas por las denominadas "corporaciones escrutadoras" por el Código Electoral, que no son otras que las "comisiones escrutadoras" (Sentencia de noviembre 9 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número 0334. Actores: Augusto Hernández Becerra y José Ernesto Martínez Tarquino). ... 534

COMPARACION DE PATRIMONIOS / LIQUIDACION DE REVISION / ACTO ADMINISTRATIVO

Al determinar la renta por comparación de patrimonios, luego de concluida la etapa guberntiva en la cual se utilizó el sistema de depuración normal, no se puede modificar o variar el proceso a seguir,

Págs.

pues habiéndose convertido el acto administrativo en definitivo y siendo objeto de la demanda no podía el juez administrativo variarlo sustancialmente (Ejercicio fiscal de 1978) (Sentencia de septiembre 29 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 0694. Actor: Compañía de Seguros Bolívar S. A.). 728

COMUNIDAD / DERECHO DEL COMUNERO / LEGITIMACION PROCESAL

La falta de individualización en la cosa común del derecho del comunero, no justifica un fallo inhibitorio, pues de acuerdo con el inciso 2º del artículo 22 de la Ley 95 de 1890 el comunero puede ser parte actora o demandada para todo lo relativo a su derecho (Sentencia de octubre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5320. Actora: Marta Cecilia Klinker de Jaramillo). ... 226

CONCEJAL SUPLENTE - Inhabilidades / CONTRATO

Resulta equivocado pretender deslindar las entidades descentralizadas municipales de la noción de municipio para, de contera, aspirar a considerar no inhabilitados a quienes, siendo aspirantes a ser ungidos con el voto como concejales, contrataron durante el período inmediatamente anterior a la elección, como lo señala la ley. Muy cómodo resultaría eludir la prohibición-inhabilidad con la recortada óptica que mira al municipio sin incluir en él a sus entidades descentralizadas. Tanto da contratar con las oficinas o dependencias centrales de la administración municipal que con sus entidades descentralizadas (Sentencia de noviembre 29 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número 0337. Actor: Raúl Gutiérrez Gómez). 571

CONCEJAL SUPLENTE - Inhabilidades / EMPLEADO PUBLICO / DOCENTE

Está acreditado que al demandado se le designó como maestro para una Concentración Escolar Municipal, cargo del cual tomó posesión y desempeñaba en febrero de 1989. Está, pues, probado que al momento de ser elegido como concejal suplente se hallaba inhabilitado para obtener esa investidura por tener la condición de empleado oficial (Sentencia de noviembre 29 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número 0337. Actor: Raúl Gutiérrez Gómez). ... 571

CONCEJO MUNICIPAL / COMISION PERMANENTE / CONCEJAL SUPLENTE

Los suplentes de los concejales principales en las comisiones permanentes de los concejos municipales deben ser concejales suplentes y no otro u otros concejales principales (Sentencia de julio 10 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0314. Actor: Polidoro Cáceres Tarazona). 393

Págs.

CONCEJO DISTRITAL / EXPROPIACION / DOMINIO EMINENTE / DOMINIO PUBLICO

El Distrito Especial de Bogotá no puede apropiarse de una porción de terreno que se necesite para vías arterias del plan vial, sin reconocerle al dueño su valor. El dominio eminente es un derecho de naturaleza política y por ello no está ligado a patrimonio estatal, y que se diferencia del dominio público del Estado en que éste sí tiene contenido económico. Trátese entonces del dominio eminente o del dominio público su ejercicio de ninguna manera puede traducirse en que el Estado disponga omnímodamente y a su arbitrio de la propiedad privada, sino que en todo caso habrá de someterse a la normatividad jurídica que tiene en su cúspide la Constitución. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 118, inciso 1º del Acuerdo número 7 de 1987 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá (Auto de 23 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1278. Actor: Horacio Perdomo Parada). 36

CONGRESISTA - Inhabilidades

En materia de inhabilidades o de incompatibilidades de Senadores y Representantes para ser elegidos para otros destino o empleos de elección popular, en una misma fecha o dentro de su período constitucional de cuatro años, sólo existe la prohibición contenida en el inciso final del artículo 108 de la Constitución; es decir, que nadie puede ser elegido simultáneamente Senador y Representante o Senador o Representante por más de una circunscripción electoral; situación que no se extendió a los casos de acumulación de empleos de Senador o Representante y Diputado a las Asambleas o Concejal Municipal, ni a los de Diputados y Concejal (Sentencia de noviembre 9 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0336. Actor: José Ignacio Vives Echeverría). 563

CONGRESISTAS - Facultades / APODERADO

Los Senadores y Representantes, a pesar de su investidura, pueden ser apoderados o defensores en los procesos que se sigan ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público, incluido el contencioso-administrativo, siempre y cuando su gestión judicial no sea en procesos que afecten intereses fiscales o económicos de la Nación, los departamentos, etc., procesos que hacen relación a los que se ventilan ante la Rama Jurisdiccional, y no a las actuaciones administrativas y vía gubernativa que se surten ante los órganos de la Rama Ejecutiva del Poder Público o de otro ente (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 439

Págs.

CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO - Improcedencia

La acción incoada no es contencioso objetivo impropio porque la demanda pide expresamente el restablecimiento del derecho que estima vulnerado y dice claramente en qué consiste. El llamado contencioso objetivo impropio o acción de nulidad contra un acto administrativo de contenido particular que restablece automáticamente el derecho del titular, se caracteriza justamente porque el demandante formula como única petición, la de que se declare la nulidad del acto acusado, porque estima que con ella se colman sus aspiraciones (Salvamento de voto del doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, al auto de octubre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5471. Actor: Jaime Pumarejo Certaín). 1225

CONTRATO DE COMPRAVENTA - Cumplimiento / CONTRATO DE COMPRAVENTA - Resolución / CONDICION RESOLUTORIA

Como del artículo 1546 del C. C. surge una acción alternativa: La de cumplimiento o la de resolución del contrato, quien pretenda fundar su accionar en dicha disposición, debe optar por alguna de las dos vías, sin que sea suficiente pedir la declaratoria de incumplimiento del contrato, pues dicho incumplimiento es apenas el presupuesto para que se declare la resolución o se opte porque se obligue al cumplimiento. En los contratos administrativos, el contratista no puede exigir a la administración el cumplimiento del contrato sino, en el evento de incumplimiento, su resolución y si fuere el caso, obviamente el pago de los perjuicios que se le hubieren causado. La indemnización supone la existencia de un perjuicio que determinará, según las circunstancias, el monto de la reparación a que se tiene derecho (Sentencia de diciembre 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5685. Actor: Ciro Angarita Barón). 375

CONTRATO DE COMPRAVENTA / PROMESA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA / ARRAS

El pacto de arras, es accesorio al contrato de compraventa y al de promesa y su ausencia no afecta a ninguno de ellos (Sentencia de diciembre 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente 5685. Actor: Ciro Angarita Barón). 375

CONTRIBUCION DE VALORIZACION

El costo primeramente proyectado puede sufrir modificaciones y debe reajustarse de tal manera que el mayor valor del bien se compense de manera equitativa con la inversión sin exceder lo establecido en la ley. El impuesto de valorización grava las propiedades y no las personas; es un gravamen real (Sentencia de noviembre 10 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente

Págs.

doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 0076. Actor: Caisar Limitada). 833

CURADURIA - Discernimiento / CURADOR - Facultades

El curador representa al pupilo en todos los actos jurídicos o extrajudiciales que le conciernan a éste, principalmente cuando pueden menoscabar sus derechos, y es evidente que teniendo los menores el derecho de acción para pretender el resarcimiento reclamado, no podía el curador esperar para proponer la demanda ni un día más, so pena de la extinción de la acción por caducidad. Esta carga la tiene no sólo el curador en debida forma sino también el putativo o aparente (Auto de julio 17 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 5585 (365). Actor: Gustavo Cervera Pacheco). 1131

D

DELEGACION DE FUNCIONES / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO / PRESUNCION DE LEGALIDAD

En razón de la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos no podía atenderse la petición de nulidad hecha en forma directa del acto particular sin la previa anulación o invocación de su inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la resolución que de modo general había hecho la delegación (Ejercicio fiscal de 1982) (Sentencia de noviembre 27 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2101. Actora: Carmen Zuleta de Calderón). 766

DEMANDA - Requisitos / INDIVIDUALIZACION DEL ACTO / ACTO COMPLEJO / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento

Si el acto A o inicial tiene recursos y éstos fueron interpuestos y decididos mediante las resoluciones B y C (reposición y apelación) confirmatorias, no puede técnicamente afirmarse que queda bien individualizado al impugnarse sólo como A sabiendo que los pronunciamientos B y C se integran al inicial para ratificarlo o precisarlo y prueban, a primera vista, que se cumplió el presupuesto del agotamiento de la vía gubernativa (Sentencia de septiembre 26 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 3462. Actor: Solel Boneh International Ltda.). 333

DEMANDA ELECTORAL - Requisitos / DEMANDA EN FORMA

A la demanda en la acción pública electoral debe siempre allegarse el acto por medio del cual la elección se declara. Dicho acto es el

Págs.

pronunciamiento administrativo de los delegados del Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se atribuye a los ciudadanos la investidura alcanzada a través del proceso electoral (Sentencia de agosto 31 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente número E-0319. Actores: José Elid Valderrama y Saturnino Quevedo). 411

DEMANDA - Ineptitud / PODER / COADYUVANCIA

Los mismos requisitos que se exigen para la demanda, los debe cumplir el memorial-poder. En parte alguna dice el código que el poder es o puede ser una parte de la demanda. Tal posibilidad de refundir dos actos en un solo escrito, manteniendo cada uno su autonomía podría darse, a manera de ejemplo, en la solicitud de suspensión provisional, lo cual, lo dice expresamente el artículo 152 del C. C. A., debe sustentarse de modo expreso "en la demanda o por escrito separado" circunstancia opcional que no es procedente cuando de conferir poder se trata (Auto de fecha 20 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 771. Actor: Seguridad Nutibara Ltda.). 1232

DEMANDA - Requisito / COPIA DEL ACTO

El presupuesto de la disposición del artículo 139 del C. C. A. es que el demandante no hubiere podido obtener copia auténtica del acto demandado o del medio oficial donde se publicó o de la publicación autenticada si se hizo en medio oficial. Pero si se obtuvo y acompañó la copia auténtica, no tendría sentido obligar al actor a expresar bajo juramento alguno de los extremos contemplados en la misma norma, a saber o que el auto no ha sido publicado o que se le ha denegado su copia o que se le ha denegado la certificación sobre su publicación. La acción instaurada constituye una consecuencia de la ya clásica teoría de la Corporación sobre los motivos y finalidades que fue acogida desde 1961 (Aclaración de voto del doctor Gustavo de Greiff Restrepo, al auto de octubre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5471. Actor: Jaime Pumarejo Certaín). 1229

DERECHO DE DOMINIO - INMUEBLES / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA / CARGA DE LA PRUEBA

Quien invoque ser el propietario de un inmueble, para derivar de este derecho alguna pretensión, sólo tiene que demostrar el título por el cual adquirió y que se le hizo la tradición y si el demandado pone en duda esa calidad, es él quien tiene la carga de demostrar su afirmación, lo que logrará mediante el certificado actualizado de la Oficina de Registro, en el cual conste que el actor ya no es propietario (Sentencia de octubre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5320. Actor: Marta Cecilia Klinker de Jaramillo). 226

Págs.

DICTAMEN PERICIAL - Objeción / ERROR GRAVE

El hecho de que los auxiliares de la justicia hayan utilizado un criterio que no coincide con el empleado por el apoderado del demandado, no da pie para predicar que se tipificó un error grave. El error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse. Los reparos que se hacen al trabajo de los auxiliares de la justicia ameritan simplemente que el juez los examine dentro del marco de libertad que tiene para definir si las conclusiones de éstos son claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos (Auto de agosto 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 2397. Actor: Margarita Villa de Gómez Jaramillo). 1161

DICTAMEN PERICIAL

La ley no dice, por parte alguna, que el dictamen pericial debe versar sobre personas o cosas, solamente y no sobre documentos. La ley dice que el dictamen es para verificar hechos que interesen al proceso, y es indubitable que esos hechos pueden constar o hacerse constar en documentos que bien pueden verificarse por los peritos para establecer si tales hechos realmente acontecieron o se dieron (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 438

DIPUTADO - Inhabilidad / EMPLEADO PUBLICO / RAMA LEGISLATIVA / EMPLEADOS / PARTICIPACION EN POLITICA / ANALOGIA - Improcedencia

Si bien es cierto que los empleados administrativos de la Rama Legislativa del Poder Público tienen el carácter de "empleados públicos", no es menos cierto que para ellos no existe prohibición concreta de intervenir en actividades políticas partidistas, como sí la hay para funcionarios de las Ramas Ejecutiva y Jurisdiccional, y el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conductas penales y disciplinarias es de interpretación restrictiva, no siendo posible para esos efectos la aplicación por analogía de preceptiva legal distinta (Sentencia de septiembre 18 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número 0322. Actores: Hugo Escobar Sierra y otro). 417

DOBLE TRIBUTACION / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Si el Distrito Especial de Bogotá decidió gravar al industrial por la producción total de su establecimiento situado en el distrito, y, si además, el industrial tenía un almacén en el que vende el producto de su industria, lo gravaba como comerciante, considero que se da la doble tributación (Aclaración de voto del doctor Carmelo Martínez Conn a la sentencia de octubre 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2222. Actor: Pablo Cárdenas Pérez). ... 22

Págs.

E

ENCAJE LEGAL

No es exacto, de una parte, que una posición de desencaje, o posición negativa de encaje, constituya situación normal en las relaciones entre la institución financiera y la banca central, o entre aquella y sus clientes o depositantes, ni de otra, que el "interés" que genera el desfase sea simplemente remuneratorio (Sentencia de septiembre 8 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1856. Actor: Banco Internacional de Colombia). 708

ESTABLECIMIENTO PUBLICO - Inejecutabilidad / C.V.C.

Dada la naturaleza de establecimiento público del orden nacional, no podía la Corporación Autónoma Regional del Cauca —C.V.C.— ser ejecutada como lo fue por el Tesorero Municipal (Auto de julio 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2467. Actor: Tesorería Municipal de Calima-El Darién (Valle). 851

EXENCIONES ADUANERAS / CARBOCOL - Exención tributaria

Es cierto que con la expedición de la Ley 68 de 1983 se quizo por el legislador que las entidades públicas pasaran a ser sujetos gravables del impuesto del 2% sobre el valor CIF de sus importaciones y ello condujo irremediablemente a la pérdida de la respectiva exención. Empero, no es menos cierto que en el caso de CARBOCOL, con relación a las importaciones de quienes cuyo destino sea el señalado en la Ley 61 de 1979, la exoneración subsiste al igual que subsiste para las demás personas públicas o privadas que entren en la hipótesis normativa de dicha ley (Sentencia de julio 28 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 2134. Actor: CARBONES DE COLOMBIA S. A.). 677

F

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / CONTRIBUCION DE VALORIZACION

No puede confundirse la creación o establecimiento de tributos o contribuciones con la decisión de ordenar la ejecución de una obra financiera por una contribución ya establecida. Los actos demandados simplemente ordenaron realizar una obra financiada por el sistema de la contribución de valorización, sistema consagrado en normas legales y regulado específicamente en el ámbito municipal (Sentencia de agosto 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección

Págs.

Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1591. Actor: Inversiones Julia Jaramillo Mejía Ltda.). 93

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL - Límites / IMPUESTO DE EXTRACCION DE MATERIALES

Los Concejos Municipales solamente pueden regular los impuestos que haya autorizado la ley y no existe para gravar como tal la "extracción de maderas" en el listado que recopiló el Decreto 1333 de 1986, en sus artículos 173 a 233. SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAD del artículo 43 del Decreto 01 de 1987 —Código Tributario— dictado por la Alcaldía Municipal de San Sebastián de Buenavista del Magdalena (Auto de julio 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2524. Actor: Carlos Becerra Varona). 43

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL / CONTRIBUCION DE VALORIZACION

Las Asambleas Departamentales pueden autorizar a los departamentos de valorización para establecer y recaudar la contribución de valorización, más los reajustes indispensables, de modo que el valor total de la contribución sea cancelado proporcionalmente por los propietarios de los predios teniendo en cuenta el beneficio real recibido por razón de las obras y las ventajas económicas aportadas por ellas (Sentencia de noviembre 10 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 0077. Actor: Sucesión de Mario Sardi Garcés). 839

FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA / PRUEBA INDICIARIA

En parte alguna del derecho probatorio le da menos valor demostrativo al indicio que a la prueba directa. Si todos los indicios estaban orientados, sin excepción, a mostrar como causa de la muerte la sorpresiva descarga eléctrica en momentos en que se cumplían labores de reparación, le incumbía al DAAC la carga de demostrar que otra había sido la causa (Sentencia de octubre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5463. Actor: Olga Deyanira Ardila de Rincón). 210

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Vehículo oficial

La prueba de la falla del servicio, cuando se trata de perjuicios causados con vehículos automotores pertenecientes a las personas públicas no es necesaria para comprometer la responsabilidad de esta última, siempre y cuando, obviamente se haya probado el hecho dañoso y su relación causal con el perjuicio y además que el elemento con el cual se causó el daño pertenecía al servicio o estaba a su disposición. Se debe aplicar por tanto a este tipo de perjuicios, el denominado régimen de la falla del servicio presunta (Sentencia de diciembre 19 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección

Págs.

Tercera. Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4484 (75). Actora: Rosa Helena Franco viuda de Bernal). ... 316

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA / HECHO DE UN TERCERO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Para que el hecho de un tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenérsele como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño. El caso en estudio es de aquellos en que la responsabilidad de la administración se funda en la falta o falla presunta en la prestación del servicio (Sentencia de agosto 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5693. Actor: Martha María Peláez de Vargas). ... 178

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma oficial / IURA NOVIT CURIA

El juez, al calificar la realidad histórica del proceso, y prevaliéndose del principio *"iura novit curia"*, goza de la facultad de determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto objeto de la decisión. El arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación del perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir. Cuando se prueba que el nexo instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio, era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio (Sentencia de julio 31 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 2852 (252). Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez). ... 113

FALLA DEL SERVICIO / EMBARGO DE CREDITOS

Cuando se habla de falla o falta del servicio no se está haciendo alusión a la vieja noción de servicio público, entendida como la "actividad de una persona o de un organismo público tendiente a satisfacer una necesidad de interés general", sino a cualquiera actividad que desarrolle la administración o que deba desarrollar por razón de su naturaleza y fines. Si los créditos no estaban embargados, mal puede deducirse la responsabilidad al Departamento por la pretendida omisión en el cumplimiento de una obligación que no nació a la vida jurídica precisamente por no haberse cumplido los presupuestos de la norma que impone ciertas obligaciones al deudor de un crédito embargado (Sentencia de julio 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5446. Actor: Sociedad Vehileasing S. A.). ... 101

Págs.

FALTAS CONTRA LA EFICAZ ADMINISTRACION DE JUSTICIA / RETARDO INJUSTIFICADO / SANCIONES DISCIPLINARIAS

Conforme al Decreto 250 de 1970 en estos procesos se presentan dos clases de faltas de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional que los hace acreedores a sanciones disciplinarias: La falta leve que da lugar a sanciones consistentes en multas y las faltas graves que producen la suspensión en el ejercicio del cargo o la destitución. En el caso en estudio no surge con claridad la gravedad de la falta que quedó borrada o extinguida frente al excelente desempeño del doctor Ordóñez en el lapso que tuvo a su cargo el despacho de Magistrado de Tribunal Administrativo del Valle (Salvamento de voto del doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja al auto de 9 de octubre de 1989. Sala Disciplinaria. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número C-092). 1110

FALTAS CONTRA LA EFICAZ ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Retardo injustificado

Constituye falta contraria a la eficacia de la administración de justicia, no la simple demora en resolver los asuntos confiados a un funcionario, juez o magistrado de la Rama Jurisdiccional, sino el retardo injustificado o culposo en decidirlos dentro de los términos prescritos por la ley (Auto de 9 de octubre de 1989. Sala Disciplinaria. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número C-092. Con salvamento de voto del doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja) (NOTA DE RELATORIA: Los puntos en esta providencia relacionados con PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION / INVESTIGACION DISCIPLINARIA - Tránsito de ley y legislación pertinente, corresponden en esencia a lo dicho por la Sala Disciplinaria en auto del 16 de diciembre de 1988, expediente número C-092, actor: Rodrigo Ordóñez Ochoa. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos, publicado en Extractos de Jurisprudencia, Consejo de Estado, Tomo II, págs. 29-30 y 32, Edición Caja Agraria). 1095

FALTAS CONTRA LA DIGNIDAD DE LA JUSTICIA

El subterfugio de pretender el juez volcar en tercera persona actos realizados por él, desdibuja y mengua la imagen cristalina e inmaculada que la comunidad tiene de sus jueces y espera de ellos. Si el juez al ejercer el poder que deriva de su autoridad espera ser acatado y realmente lo es, cuando deba responder ante otra autoridad debe actuar de igual manera, esto es, estar dispuesto a obedecerla del mismo modo en qué lo haría cualquier ciudadano (Sentencia de julio 10 de 1989. Sala Disciplinaria. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número C-108. Actor: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial). 1071

FALTAS CONTRA LA EFICAZ ADMINISTRACION DE JUSTICIA / CAUSA JUSTIFICADA / MORA INJUSTIFICADA

Como la norma no definió la "causa justificada" en los eventos de faltas contra la eficaz administración de justicia, será trabajo del

Págs.

juez disciplinario su interpretación y en ella forzosamente deberán incluirse, además de las simples cifras estadísticas, ingredientes subjetivos como la complejidad de las providencias, la importancia de las mismas y el daño efectivo o probable que se puede causar con el retardo en su producción (Sentencia de agosto 11 de 1989. Sala Disciplinaria. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número C-105. Actor: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial). 1090

FAVIDI / EMPLEADOS PUBLICOS / TRABAJADORES OFICIALES - Clasificación

Si por mandato superior los servidores del FAVIDI son empleados públicos y sólo por excepción algunos de ellos pueden ser trabajadores oficiales, el Concejo Distrital no podía, so pretexto de efectuar una clasificación, convertir la excepción en regla general, pues con ello se violó no sólo el espíritu sino la letra de las reglas contenidas en el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968. Una clasificación diferente a la señalada por el legislador, implica la asunción de una competencia que constitucionalmente se halla atribuida a otro órgano (Sentencia de 7 de noviembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 506. Actor: Alirio Martínez Serna). 27

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

No hubo un desbordamiento de las reglas que ya había dado el legislador extraordinario para el trato de los antiguos servidores del ICSS, antes bien, fue su derivación lógica. Por lo cual, el sentenciador de instancia aplicó indebidamente los artículos 69 y 70 del Decreto 413 de 1980, y por lo mismo brota la violación de esas normas reglamentarias que también son de naturaleza sustantiva y que están adheridas a las que reglamenta. Algo semejante puede concluirse en cuanto hace los artículos 108, 109 y 112 a 118 del Decreto-ley 1651 de 1977 (Salvamento de voto de agosto 29 de 1989, del doctor Alvaro Lecompte Luna, a la sentencia de 24 de agosto de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número A-049. Actor: Jorge Penagos Cuéllar). 1025

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La clasificación general de empleos que trae el Decreto 1651 de 1977, permite afirmar que tanto los empleos administrativos como los asistenciales pueden corresponder a cargos de seguridad social. Consecuencialmente, son cargos de seguridad social los que no correspondan a empleados públicos o a trabajadores oficiales, que aparecen perfectamente identificados en el artículo 3º. Los cargos de los funcionarios de seguridad social pueden ser discrecionales o de carrera, quedando claramente identificados los primeros (Sentencia de 24 de agosto de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número A-049. Actor: Jorge Penagos Cuéllar. Con salvamento de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna). 1013

Págs.

H

HECHO GENERADOR / IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS

No pueden las respectivas autoridades cobrar impuesto con base en lo que se cancela para usar los diferentes aparatos mecánicos que conforman el espectáculo, ya que al hacerlo estarían estableciendo un nuevo gravamen al uso de dichos aparatos, el cual no está autorizado por la ley, ni regulado por el acuerdo respectivo. El impuesto a espectáculos públicos recae entonces exclusivamente sobre la adquisición de la boleta personal de entrada al parque de atracciones (Ejercicio fiscal de 1983) (Sentencia de octubre 6 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 0130. Actor: Fredy Restrepo Yepes). ... 738

I

ICEL - Recursos / CREDITOS - Titularidad

Tratándose de un crédito a favor del ICEL, es obvio que en razón de no haberse logrado el pago voluntariamente sino mediante la presión del proceso ejecutivo, ni el crédito cambió su destino y su carácter de recurso propio del Instituto, ni éste perdió el derecho a manejarlo en su propio presupuesto (Auto de septiembre 15 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2413. Actor: La Nación). 857

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO / BASE GRAVABLE / DOBLE TRIBUTACION

Doctrinariamente no se puede afirmar que se produce una doble tributación porque la falta de uno de sus elementos esenciales cual es la identidad del sujeto activo, puesto que se trata de distintos municipios, sí se produce en realidad un incremento ficticio y final de la base gravable en cabeza del mismo sujeto: Una vez en el municipio en donde tiene la fábrica y otra en aquellos en donde distribuye sus productos (Año gravable 1980) (Sentencia de julio 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0160. Actor: Cementos El Cairo S. A.). ... 670

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Sujetos / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

Aunque el artículo 7º del Decreto 3070 de 1983 establece obligaciones para los sujetos del impuesto de industria y comercio, no incluye a "los no sujetos", y por lo tanto, no le es dable a los Concejos hacer extensivas a éstos, las obligaciones referidas, u otras que pudiera

INDICE GENERAL

SEGUNDO SEMESTRE 1989

CAPITULO II

ACTOS DEL CONCEJO DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA

Págs.

3. Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Confirma la nulidad del artículo 21 del Código 107, del parágrafo 1º del artículo 24 y el parágrafo 3º del artículo 24 del Acuerdo 21 de 1983 y del Acuerdo número 15, artículo 3º Código 103 y Acuerdo 18 de 1987, artículo 37, Código 105. Sentencia de octubre 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2222. Actor: Pablo Cárdenas Pérez. 9

Aclaración de voto del doctor Carmelo Martínez Conn. 22

4. Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Confirma la nulidad de la expresión "no sujetos o" contenida en cada uno de los parágrafos de los artículos 28 y 32 del Acuerdo 21 de 1983. Sentencia de octubre 27 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 2172. Actora: Ligia Sarmiento de Peña. 23

5. Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Confirma la nulidad del literal m) del artículo 5º del Acuerdo número 2 de 1977. Sentencia de noviembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz. Expediente número 506. Actor: Alirio Martínez Serna. 27

6. Concejo del Distrito Especial de Bogotá. Confirma la suspensión provisional del artículo 118, inciso 1º del Acuerdo número 7 de 1987. Auto de noviembre 23 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1278. Actor: Horacio Perdomo Parada. 36

CAPITULO III

ACTOS DE LOS ALCALDES

1. Alcaldía de San Sebastián de (Buenavista). Decreta la suspensión provisional del Acuerdo número 05 de 1988 (marzo 7). Auto de julio 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Con-

Págs.

SEGURIDAD NUTIBARA LTDA. 1232
SOC. CIA. COLOMBIANA DE INGENIERIA Y CONSTRUCCION LTDA. ... 339
SOC. SERVITRIPLEX LTDA. Y OTROS 1148
SOCIEDAD PEÑA Y MILLAN LTDA. 1248
SOCIEDAD VEHILEASING S. A. 101
SOFASA S. A. 743
SOLEL BONEH INTERNATIONAL LTDA. 333
SUCESION DE MARIO SARDI GARCES 839

T

TESORERIA MUNICIPAL DE CALIMA-EL DARIEN (VALLE) 851

V

VALDERRAMA JOSE ELID Y SATURNINO QUEVEDO 411
VILLA DE GOMEZ JARAMILLO MARGARITA 1161
VIVES ECHEVERRIA JOSE IGNACIO 564

Z

ZOILO SANTAMARIA E HIJOS LIMITADA 780
ZULETA DE CALDERON CARMEN 766
ZULUAGA TRUJILLO GERMAN 772

Págs.

MORA CRUZ MERCEDES ... 596
MUNICIPIO DE MEDELLIN ... 274
MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO ... 860

N

NAVEMAR LTDA. ... 960

O

OCHOA JORGE ALBERTO ... 949
ORDOÑEZ OCHOA RODRIGO ... 1095
ORDOÑEZ OCHOA RODRIGO ... 1113

P

PALACIO VALENCIA FABIO OLMEDO Y OTROS ... 591
PALENCIA Y OTROS FELIX CELIS ... 288
PELAEZ DE VARGAS MARTHA MARIA ... 178
PERDOMO PARADA HORACIO ... 36
PIRA AMAYA DANIEL ... 166
PORTILLA ZAMBRANO EDELBERTO ... 237
PRADA LOPEZ FERNANDO ... 871
PRADO DELGADO VICTOR E. Y LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA ... 1135
PROCURADOR DELEGADO EN LO CIVIL ... 62
PROCURADURIA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA JUDICIAL ... 1090
PUCHE CORDERO CLOVIS ... 46
PUMAREJO CERTAIN JAIME ... 1213

R

RESTREPO YEPES FREDY ... 738
ROMERO DE SOLORZANO ANA BEATRIZ ... 1039

S

SANCHEZ LATORRE JORGE WILLIAM ... 50
SARMIENTO DE PEÑA LIGIA ... 23

Págs.

GONZALEZ GOMEZ LUIS ALBERTO ... 1211
GUTIERREZ GOMEZ RAUL ... 571

H

HERNANDEZ BECERRA AUGUSTO Y JOSE ERNESTO MARTINEZ TARQUINO ... 534
HERRERA VELASQUEZ JORGE ARTURO ... 113
HINCAPIE LOPEZ OSEAS ... 151

I

I.C. PREFABRICADOS S. A. ... 697
INDUSTRIAS AGRICOLAS EL CARMEN S. A. ... 795
INVERSIONES JULIA JARAMILLO MEJIA LTDA. ... 93

K

KLINKER DE JARAMILLO MARTHA CECILIA ... 226

L

LA NACION ... 857
LA NACION ... 854
LA NACION ... 1121

M

MARIN BERNAL RODRIGO ... 87
MARTINEZ SENDOYA LUIS ANGEL ... 400
MARTINEZ GRIJALBA CAMPO ELIAS Y OTROS ... 250
MARTINEZ SERNA ALIRIO ... 27
MC. EWEN VIUDA DE BETANCUR OLGA LUCIA ... 247
MENDOZA DE MORENO ANA MARIA ... 196
MISHAAN DE DOUER HILDA ... 688
MOLINA VERGEL BLADIMIRO Y OTRO ... 511
MONTOYA N. JORGE LEON ... 55

Págs.

CERTAIN DUNCAN GUSTAVO Y OTROS 559
CERTAIN DUNCAN GUSTAVO Y OTROS 1243
CERTAIN DUNCAN GUSTAVO 440
CERTAIN DUNCAN GUSTAVO Y OTROS 525
CERVERA PACHECO GUSTAVO 1131
COLOMBIA DIAZ DE SIERRA 263
COMPAÑIA SURAMERICANA DE SEGUROS S. A. 128
COMPAÑIA DE SEGUROS BOLIVAR S. A. 728
CORPORACION COLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA "DAVIVIENDA" 1060
CUBIDES MORA ADONISEDEC 985
CUELLAR PENAGOS JORGE E. 1013

D

DEL SOCORRO RIOS VIUDA DE ZAPATA MARIA 219

E

EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN 865
ESCOBAR SIERRA HUGO Y OTRO 417
ETERNIT PACIFICO S. A. 653

F

FALLA DE SERRANO ANA CANDELARIA 722
FRANCO VIUDA DE BERNAL ROSA HELENA 316
FULA BRAVO MARIELA 1051

G

GIRALDO CLIMACO Y OTRO 641
GOMEZ ARISTIZABAL JAIRO 1207
GOMEZ LOPEZ SALOMON 979
GRISALES ECHEVERRY ROBERTO 1047

INDICE ALFABETICO POR ACTORES

SEGUNDO SEMESTRE 1989

A

ANGARITA BARON CIRO ... 375
ARCE RODRIGUEZ ROSA ELVIRA ... 519
ARDILA DE RINCON OLGA DEYANIRA ... 210

B

BANCO CAFETERO ... 1126
BANCO INTERNACIONAL DE COLOMBIA ... 708
BARBERENA HERMANOS LTDA. ... 683
BECERRA VARONA CARLOS ... 43
BONILLA MARCO AURELIO Y OTRA ... 1139
BRAVO ARTEAGA JUAN RAFAEL Y OTRA ... 1239

C

CACERES TARAZONA POLIDORO ... 393
CACERES CORRALES PABLO J. ... 76
CAISAR LIMITADA ... 833
CAPACHERO RUFINO ANTONIO Y OTROS ... 924
CARBONES DE COLOMBIA S. A. ... 677
CARDENAS PEREZ PABLO ... 9
CASTAÑO MARTINEZ ALFREDO Y VICTOR VELASQUEZ REYES ... 617
CASTAÑO RAMIREZ ANTONIO JOSE ... 307
CEMENTOS EL CAIRO S. A. ... 670
CERQUERA RUBIANO LUIS ANGEL ... 755

Págs.

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos ... 1239
SENTENCIA ... 1248
SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos ... 1059
SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE ... 55
SISTEMA DEL CUOCIENTE ELECTORAL ... 439
SISTEMA NACIONAL DE SALUD - Régimen de personal ... 400
SOBERANIA MONETARIA ... 1059
SOCIEDAD - Socio ... 438
SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS - Directivos ... 596
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA ... 596
SUPERINTENDENCIA BANCARIA ... 660
SUPERMERCADOS ... 76
SUPERMERCADOS ... 82
SUSPENSION PROVISIONAL ... 55
SUSPENSION PROVISIONAL ... 401
SUSPENSION PROVISIONAL ... 979
SUSTRACCION DE MATERIA ... 979

T

TASA - Concepto ... 960
TEORIA DEL RIESGO - Servicio de energía ... 166
TESTIMONIO ... 1071
TITULO EJECUTIVO ... 854
TOMA DE POSESION DE BIENES ... 860
TRABAJADORES OFICIALES - Clasificación ... 27
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO ... 437

U

USO DE ARMAS ... 288

V

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento ... 333
VIA DE HECHO ... 307
VIA DE HECHO ... 274

Págs.

RECUSACION - Improcedencia ... 1243
RECUSACION - Trámite (Salvamento de voto) ... 90
RECUSACION - Trámite ... 87
REGISTRO ELECTORAL - Nulidad ... 525
REGLAMENTOS CONSTITUCIONALES ... 1059
RENTA PRESUNTIVA ... 653
RENTA EXENTA ... 743
RENTA GRAVABLE ... 722
RENUNCIA - Régimen aplicable ... 1051
REPOSICION DE TERMINOS ... 683
REQUERIMIENTO ESPECIAL ... 772
REQUERIMIENTO ESPECIAL - Término ... 795
REQUERIMIENTO ESPECIAL - Caracteristicas ... 688
RESERVA TERRITORIAL DEL ESTADO - Enajenación ... 62
RESPONSABILIDAD POR RIESGO ... 166
RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DE INMUEBLES ... 151
RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE ... 128
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO ... 205
RETROACTIVIDAD ... 1065
RUTAS Y HORARIOS ... 50

S

SALA DISCIPLINARIA - Integración ... 1113
SALARIO MINIMO ... 263
SANCION DISCIPLINARIA - Naturaleza ... 1113
SANCION POR CONTABILIDAD ATRASADA ... 772
SANCION POR INEXACTITUD ... 780
SANCION POR LIBROS ... 755
SANCION POR INEXACTITUD ... 772
SANCION POR LIBROS ... 772
SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO - Fallos ... 559
SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO ... 525
SENTENCIA - Aclaración ... 1239

Págs.

PROCESO ELECTORAL - Términos ... 393
PROCESO ELECTORAL ... 437
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION ... 641
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Calidades ... 617
PROMESA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA ... 375
PRUEBA ... 375
PRUEBAS - Término ... 437
PRUEBA DOCUMENTAL ... 1148
PRUEBA DE OFICIO ... 439
PRUEBA CONTABLE ... 780
PRUEBA TRASLADADA / COSA JUZGADA ... 288
PRUEBA INDICIARIA ... 210
PRUEBA CONTABLE ... 755
PRUEBA RECOBRADA ... 871
PURGA DE ILEGALIDAD ... 438

Q

QUORUM DECISORIO ... 511

R

RAMO DE DEFENSA ... 1051
RAMO DE DEFENSA ... 985
RAMA LEGISLATIVA ... 417
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION ... 871
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION ... 1047
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Técnica ... 1059
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia ... 559
RECURSO DE APELACION - Presentación ... 1135
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Naturaleza ... 923
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA ... 949
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Objeto ... 949
RECUSACION ... 1121

Págs.

P

PARQUE AUTOMOTOR - Incremento ... 55
PARTICIPACION EN POLITICA ... 417
PENSION DE INVALIDEZ - Incompatibilidad ... 985
PENSION GRACIA ... 1039
PENSION DE JUBILACION ... 985
PERJUICIOS MORALES AL HIJO POSTUMO ... 250
PERJUICIOS MATERIALES - Liquidación ... 263
PERJUICIOS MORALES A HERMANOS ... 923
PERJUICIOS MORALES A MENORES ... 250
PERSONAL CIVIL ... 985
PERSONAL CIVIL ... 1051
PERSONAL DOCENTE ... 1039
PERSONERIA ADJETIVA ... 437
PERSONERO - Elección ... 519
PERSONERO - Remoción ... 519
PODER ... 1232
PODER ... 1213
POLICIA NACIONAL ... 196
POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA ... 1059
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA ... 1059
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA ... 641
PRESTACIONES SOCIALES ... 237
PRESUNCION DE LEGALIDAD ... 766
PRIMAS EXTRALEGALES ... 743
PRINCIPIO DE IMPULSO OFICIOSO - Objeto ... 1148
PRINCIPIO DE EFICACIA ... 1207
PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL ... 417
PRINCIPIO DE CAPACIDAD ELECTORAL ... 617
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ... 393
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD ... 439
PROCESOS DISCIPLINARIOS ... 1113

Págs.

L

LEGITIMACION PROCESAL ... 196
LEGITIMACION EN LA CAUSA ... 1148
LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA ... 307
LEGITIMACION PROCESAL ... 1213
LEGITIMACION PROCESAL ... 226
LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA ... 226
LIQUIDACION DE REVISION ... 728
LIQUIDACION DE CONTRATO - Consecuencia ... 339
LIQUIDACION DE CONDENA - Ajuste de valor ... 219
LIQUIDACION DE CONDENA ... 263
LIQUIDACION DE CONDENA ... 247
LIQUIDACION DE REVISION ... 683
LITISCONSORCIO NECESARIO ACTIVO ... 339

M

MAYORIA ABSOLUTA ... 511
MINISTERIO PUBLICO - Régimen aplicable ... 1113
MITAD MAS UNO ... 511
MORA INJUSTIFICADA ... 1090

N

NACION - Representación ... 196
NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD ... 641
NORMAS DE URBANISMO ... 62
NOTIFICACION POR EDICTO ... 1248
NOTIFICACION ... 683
NOTIFICACION ... 1248
NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE ... 1248
NULIDAD PROCESAL - Falta de competencia ... 1113
NULIDAD ELECTORAL ... 439

Págs.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Hecho generador ... 722
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Base gravable ... 9
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO ... 670
IMPUESTO DE EXTRACCION DE MATERIALES ... 43
INCORA ... 62
INDEMNIZACION LABORAL ... 219
INDEMNIZACION A FOR FAIT ... 219
INDEMNIZACION A FOR FAIT ... 237
INDEMNIZACION A FOR FAIT ... 210
INDEMNIZACION LABORAL ... 210
INDEMNIZACION LABORAL ... 237
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO ... 333
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS ... 375
INDUSTRIA AUTOMOTRIZ ... 743
INSPECCION ADMINISTRATIVA - Efectos 780
INSPECCION CONTABLE ... 780
INTERVENCION DE TERCEROS ... 339
INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA ... 1059
ISLAS DEL ROSARIO ... 62
IURA NOVIT CURIA ... 113

J

JUICIO DE POLICIA ... 46
JUICIO CIVIL DE POLICIA ... 307
JURADO DE VOTACION ... 534
JURISDICCION ORDINARIA ... 969
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ... 960
JURISDICCION COMPETENTE ... 972
JURISDICCION COACTIVA - Funcionario ejecutor ... 865
JURISDICCION ROGADA ... 393
JURISDICCION COACTIVA ... 697

Págs.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA ... 178
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma oficial ... 113
FALLA DEL SERVICIO ... 101
FALLA DEL SERVICIO ... 274
FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA ... 210
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION ... 205
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA ... 288
FALLO INHIBITORIO - Improcedencia ... 1047
FALTAS CONTRA LA DIGNIDAD DE LA JUSTICIA ... 1071
FALTAS CONTRA LA EFICAZ ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Retardo injustificado ... 1095
FALTAS CONTRA LA EFICAZ ADMINISTRACION DE JUSTICIA ... 1090
FAVIDI ... 27
FUERZA MAYOR ... 128
FUERZA MAYOR ... 653
FUNCIONARIOS O EMPLEADOS RAMA JURISDICCIONAL ... 1113
FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL ... 1013

H

HECHO DE UN TERCERO ... 178
HECHO GENERADOR ... 738

I

ICEL - Recursos ... 857
ICETEX - Facultades ... 9
IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS ... 738
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Sujetos ... 23
IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Exención ... 743
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO (Aclaración de voto) ... 22
IMPUESTO A LOS CIGARRILLOS ... 9
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO ... 9

Págs.

DOBLE TRIBUTACION ... 22
DOBLE TRIBUTACION ... 670
DOBLE TRIBUTACION ... 9
DOCENTE ... 571

E

EMBARGO - Improcedencia ... 860
EMBARGO DE CREDITOS ... 101
EMPLEADOS ... 417
EMPLEO DE ELECCION POPULAR ... 563
EMPLEADO PUBLICO ... 417
EMPLEADO PUBLICO ... 571
EMPLEADOS PUBLICOS ... 27
ENCAJE LEGAL ... 708
ERROR GRAVE ... 1161
ESCRUTINIO - Modificación ... 437
ESTABLECIMIENTO PUBLICO - Representante legal ... 865
ESTABLECIMIENTO PUBLICO - Inejecutabilidad ... 851
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ... 766
EXCEPCIONES ... 854
EXENCIONES ADUANERAS ... 677
EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD ... 178
EXPROPIACION ... 36

F

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL ... 839
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL ... 23
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL ... 9
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL ... 93
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL - Límites ... 43
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Vehículo oficial ... 316

Págs.

CONTRATO DE COMPRAVENTA - Cumplimiento ... 375
CONTRATO DE COMPRAVENTA - Resolución ... 375
CONTRATO ... 571
CONTRATO DE COMPRAVENTA ... 375
CONTRIBUCION DE VALORIZACION ... 833
CONTRIBUCION DE VALORIZACION ... 839
COPIA DEL ACTO ... 1229
CORPORACION PUBLICA ... 511
CREDITOS - Titularidad ... 857
CUANTIA ... 697
CURADOR - Facultades ... 1131
CURADURIA - Discernimiento ... 1131

D

DELEGACION DE FUNCIONES ... 766
DEMANDA - Ineptitud ... 1232
DEMANDA - Requisitos ... 333
DEMANDA - Requisitos ... 440
DEMANDA ELECTORAL - Interpretación ... 417
DEMANDA EN FORMA ... 411
DEMANDA ELECTORAL - Requisitos ... 411
DEMANDA - Interpretación ... 949
DEMANDA - Requisitos ... 1229
DEMANDA - Requisitos ... 949
DERECHO A SER ELEGIDO ... 617
DERECHO DEL COMUNERO ... 226
DERECHO DE DOMINIO ... 226
DERECHO DE OPCION ... 985
DICTAMEN PERICIAL ... 438
DICTAMEN PERICIAL - Objeción ... 1161
DIPUTADO - Inhabilidad ... 417
DIRECTOR GENERAL ... 196

Págs.

CAUSA JUSTIFICADA ... 1090
CLASIFICACION DE TIERRAS ... 62
CLAUSULA PENAL PECUNIARIA ... 339
COADYUVANCIA ... 1232
COADYUVANTE ... 339
COADYUVANCIA ... 196
COLPUERTOS ... 960
COMISION PERMANENTE ... 393
COMISION ESCRUTADORA ... 534
COMPARACION DE PATRIMONIOS ... 728
COMPETENCIA ... 697
COMPETENCIA ... 62
COMPETENCIA ... 437
COMPETENCIA ELECTORAL ... 596
COMPETENCIA ... 519
COMPETENCIA ... 525
COMPETENCIA ... 641
COMPETENCIA POR CUANTIA ... 705
COMPETENCIA ... 960
COMUNIDAD ... 226
CONCEJAL SUPLENTE ... 393
CONCEJAL SUPLENTE - Inhabilidades ... 571
CONCEJO DISTRITAL ... 36
CONCEJO MUNICIPAL ... 519
CONCEPTO DEL JUEZ ... 1121
CONDICION RESOLUTORIA ... 375
CONGRESISTA - Inhabilidades ... 563
CONGRESISTAS - Facultades ... 439
CONSEJO DE ESTADO ... 596
CONSEJO DE ESTADO ... 705
CONSEJO DE ESTADO ... 437
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO ... 1213
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO - Improcedencia (Salvamento de voto) ... 1225

Págs.

ALCALDE - Inhabilidades ... 438
ALCALDE - Elección ... 437
ALCALDE - Prohibición ... 50
ALCALDE ... 62
ALMACEN POR DEPARTAMENTO (Salvamento de voto) ... 82
ALMACEN POR DEPARTAMENTO ... 76
AMNISTIA PATRIMONIAL - Requisitos ... 697
AMNISTIA PATRIMONIAL ... 705
ANALOGIA - Improcedencia ... 417
APODERADO ... 439
APORTES PARAFISCALES / SENA - Aportes ... 743
ARRAS ... 375
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones ... 591
AUTO PARA MEJOR PROVEER ... 439
AUTORIDADES MUNICIPALES ... 205
AUTORIDADES NACIONALES ... 205

B

BALDIOS ... 62
BANCO CAFETERO - Naturaleza jurídica ... 1126
BASE GRAVABLE ... 670

C

C.V.C. ... 851
CADUCIDAD ... 1126
CADUCIDAD ... 1139
CARBOCOL - Exención tributaria ... 677
CARGA DE LA PRUEBA ... 226
CARGA DE LA PRUEBA ... 151
CARRERA JUDICIAL ... 1211
CASO FORTUITO ... 288

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

SEGUNDO SEMESTRE 1989

A

Págs.

ACCION DE REPARACION DIRECTA ... 210
ACCION DE REPARACION DIRECTA ... 219
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO ... 795
ACCION DE REPARACION DIRECTA ... 1139
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO ... 1126
ACCION ELECTORAL ... 437
ACCION DE REPARACION DIRECTA ... 237
ACCION CONTENCIOSA DE IMPUESTOS ... 795
ACCION ELECTORAL - Objeto ... 596
ACCION DE LESIVIDAD ... 1126
ACTIVIDAD COMERCIAL ... 9
ACTIVIDAD COMERCIAL ... 82
ACTIVIDAD COMERCIAL ... 76
ACTO ADMINISTRATIVO SUSPENDIDO - Nulidad ... 9
ACTO DE ELECCION ... 1211
ACTO COMPLEJO ... 333
ACTO ADMINISTRATIVO ... 46
ACTO DE POLICIA ... 46
ACTO ADMINISTRATIVO ... 766
ACTO ADMINISTRATIVO ... 728
ACTOS - Naturaleza ... 960
ACUMULACION DE PRETENSIONES ... 417
ADJUDICACION DE BALDIOS ... 1213

Págs.

cultad legal, o sin el respeto del procedimiento que para dicho obrar ha establecido la ley. Presentándose una u otra hipótesis, se da la falla del servicio. En caso de no configurarse la vía de hecho, deberá demostrar el actor que el hecho o la operación administrativa, sin que se conviertan en vía de hecho, son sin embargo constitutivos de falla del servicio (Sentencia de noviembre 16 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 4964 (199). Actor: Municipio de Medellín). 274

Págs.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA / TOMA DE POSESION DE BIENES / EMBARGO - Improcedencia

No puede embargarse ninguna propiedad después de que la Superintendencia haya tomado posesión de los bienes del contraventor (Auto de noviembre 16 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2334. Actor: Municipio de Villavicencio). 860

SUSPENSION PROVISIONAL / SUSTRACCION DE MATERIA

Derogado un acto administrativo por uno posterior, bien antes, bien después de presentarse demanda en su contra, la suspensión provisional de sus efectos no tiene cabida, porque dicha decisión, aunque el acto sea manifiestamente ilegal, ya no encuentra justificación por haber éste dejado de producir sus secuelas (Auto de fecha 29 de noviembre de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número S-014. Actor: Salomón Gómez López). 979

T

TESTIMONIO

Es el testimonio un medio de prueba que consiste en que una persona informa al juez sobre la ciencia o conocimiento que tiene de ciertos hechos del proceso (Sentencia de julio 10 de 1989. Consejo de Estado. Sala Disciplinaria. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número C-108. Actor: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial). 1071

TITULO EJECUTIVO / EXCEPCIONES

La excepción propuesta, por estar referida a cuestiones que se relacionan con la ilegalidad del título ejecutivo (inexistencia de la obligación), que es un acto administrativo, debe declararse infundada pues tales cuestiones no pueden ser objeto de apreciación en esta oportunidad procesal ni en esta vía (Sentencia de julio 28 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 2149. Actor: La Nación). 854

V

VIA DE HECHO / FALLA DEL SERVICIO

Para que pueda hablarse de vía de hecho, debe estar claro ante los ojos del juzgador que la actuación administrativa se ejercitó sin fa-

Págs.

la notificación personal de una sentencia, sin que ésta se haya efectuado, el secretario proceda a notificarla por edicto. Una irregularidad en la notificación de una sentencia, acarrea que la providencia no sea oponible a la parte que la afecte, pero si ésta se da por notificada porque declara conocerla o porque interpone contra ella el recurso del caso, no es que se subsane la irregularidad sino que se produce la llamada notificación por conducta concluyente (Auto de 11 de diciembre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5917. Actor: Sociedad Peña y Millán Ltda.). 1248

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos / RETROACTIVIDAD

Con lo afirmado en la sentencia recurrida se va en contra de lo que expresara la Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre 14 de 1973, en donde se llegó a la conclusión de que todo lo relacionado con la moneda es materia de exclusiva competencia del Congreso, que no puede ejercer el Presidente de la República, ni siquiera en ejercicio del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política (Aclaración de voto de los doctores: Gustavo de Greiff Restrepo, Miguel González Rodríguez y Euclides Londoño Cardona, a la sentencia de 28 de noviembre de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número A-051. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda "DAVIVIENDA"). ... 1065

SISTEMA NACIONAL DE SALUD - Régimen de personal

Si el cargo no se incluye dentro de las excepciones señaladas en el artículo 17 del Decreto 694 de 1975 como empleo de libre nombramiento y remoción, por exclusión corresponde a los denominados de carrera, y como tal, su previsión debe hacerse por el proceso de ingreso correspondiente al Sistema Nacional de Salud (Sentencia de julio 31 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente E-0309. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya). 400

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA / SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS - Directivos

El régimen legal aplicable a las sociedades de economía mixta en las que el capital esté constituido en un 90% o más con aporte nacional es el mismo vigente para las empresas industriales y comerciales del Estado, y si en tales sociedades la participación oficial fuere exclusivamente de entidades descentralizadas, es en el respectivo contrato social en donde se precisará quién designa, nombra o elige gerente, y en el mismo documento se determinarán la composición y Presidencia de sus Juntas Directivas (Sentencia de noviembre 23 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Jorge Penen Deltieure. Expediente número 0304. Actor: Mercedes Mora Cruz). 596

Págs.

forma parte, y a diferencia de lo que acontece con las cuatro secciones restantes, hasta ahora integradas. es autónoma e independiente para tramitar y decidir todos los procesos electorales de competencia del Consejo de Estado y su jurisprudencia es la jurisprudencia de la Corporación, la que puede variar cuando así lo considere indispensable como igualmente puede variar, por no compartirla, la de la extinguida Sala Electoral, o la de las Secciones de la Sala Contenciosa cuando ellas conocían separadamente de los procesos electorales, o la de la Sala Contenciosa cuando ella conocía en pleno de los mismos (Sentencia de octubre 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 525

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Técnica

El artículo 3º del Decreto 252 de 1980 fue declarado nulo por la Corporación el 23 de noviembre de 1984, y las decisiones tomadas durante la vigencia del acto anulado son válidas y obligatorias como en el caso del acto acusado. Lo planteado en el recurso extraordinario de anulación no se adecúa a los aspectos que lo sustenta, pues es bien sabido, se trata de un recurso con características y requisitos especiales que deben cumplirse estrictamente (Sentencia de 28 de noviembre de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número A-051. Actor: Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda "DAVIVIENDA". Con aclaración de voto de los doctores: Gustavo de Greiff Restrepo, Miguel González Rodríguez, Euclides Londoño Cardona y Guillermo Chahín Lizcano). 1059

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos / SENTENCIA - Aclaración

Los efectos del fallo de nulidad de una norma de carácter general y abstracto, tanto en el pasado como en el futuro, pueden ser materia de análisis en cada caso particular siendo en ellos aplicable la jurisprudencia de esta Corporación y la doctrina, mas no pueden ser materia de pronunciamiento en la sentencia que está limitada a disponer solamente la anulación de la norma. Por igual consideración tampoco puede serlo en la aclaración misma si su parte resolutiva no ofrece duda alguna (Auto de octubre 26 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0082. Actores: Juan Rafael Bravo Arteaga y otra). 1239

SENTENCIA / NOTIFICACION / NOTIFICACION POR EDICTO / NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE

La fecha de una sentencia proferida por un juez plural será la del día, mes y año de la sesión respectiva en la cual se apruebe o la del día de la firma de la providencia por quienes la suscriben y su fecha cierta será la que aparezca en la respectiva providencia. Nada se opone a que habiendo transcurrido el término que la ley fija para

Págs.

SANCION DISCIPLINARIA - Naturaleza

La decisión que dispuso la sanción es de naturaleza jurisdiccional y por tanto susceptible del incidente de nulidad conforme al artículo 154 del C. de P. C., aplicable por remisión que a este estatuto hace el artículo 257 del C. C. A. (Salvamento de voto del doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja, al auto de noviembre 12 de 1989. Sala Disciplinaria. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número C-092. Actor: Rodrigo Ordóñez Ochoa). 1116

SANCION POR LIBROS / PRUEBA CONTABLE

Cuando la ley permite como causa justificativa de la no presentación de los libros la fuerza mayor o el caso fortuito por la pérdida de los mismos, lo hace con el exclusivo fin de exonerarlo de la sanción por no presentarlos, pero no para relevarlo de probar los costos, deducciones y pasivos, si se le ha exigido tal comprobación, o la ley le exige (Ejercicio fiscal de 1981) (Sentencia de noviembre 27 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 1762. Actor: Luis Angel Cerquera Rubiano). 755

SANCION POR LIBROS / REQUERIMIENTO ESPECIAL / SANCION POR INEXACTITUD

No existe la exigencia legal del requerimiento especial previo a la decisión administrativa de sancionar a una persona obligada a llevar contabilidad por las irregularidades que la administración encuentre en ella. La administración tributaria mediante la liquidación de revisión por una sola vez y previo requerimiento especial, puede modificar la liquidación privada y en el mismo acto imponer la sanción por inexactitud (Sentencia de noviembre 27 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1989. Actor: Germán Zuluaga Trujillo). 772

SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO - Fallos / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA -Improcedencia

El artículo 6º de la Ley 14 de 1988 que creó la Sección Quinta y subrogó el artículo 231 del C. C. A., perentoriamente estableció que contra los fallos de ésta no procedería recurso alguno, lo que incluye el extraordinario de súplica existente en el momento de expedición y vigencia de dicha ley (Auto de noviembre 9 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 559

SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA

Fuera del caso contemplado en el numeral 1 del artículo 97 del C. C. A., la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en representación de la Sala falladora del Consejo de Estado de la cual

Págs.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISION / AUTORIDADES MUNICIPALES / AUTORIDADES NACIONALES

(Salvamento de voto de la doctora Clara Forero de Castro, a la sentencia de octubre 3 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número S-054. Actora: Ana María Mendoza de Moreno. A este salvamento se adhiere el doctor Carmelo Martínez Conn). 205

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISION / AUTORIDADES MUNICIPALES / AUTORIDADES NACIONALES

(Salvamento de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos, a la sentencia de octubre 3 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número S-054. Actora: Ana María Mendoza de Moreno). 207

RUTAS Y HORARIOS / ALCALDE - Prohibición

Mediante el decreto demandado, el Alcalde de Floridablanca desconoció e interpretó mal el artículo 91 del Decreto 1066 de 1988 al adjudicar unas rutas de transporte urbano sin contar con la aprobación o consenso de las autoridades de los municipios del área metropolitana. SE CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 4º del Decreto 00263 de noviembre 22 de 1988 expedido por el Alcalde Municipal de Floridablanca (Santander) (Auto de septiembre 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja. Expediente número 1207. Actor: Jorge William Sánchez Latorre). 50

S

SALA DISCIPLINARIA - Integración / NULIDAD PROCESAL - Falta de competencia

La Sala disciplinaria fue integrada contrariando la norma vigente en ese momento que imponía hacerlo con tres Consejeros de distintas especialidades, es decir, con miembros de tres secciones diferentes como así se habían conformado las Salas para juzgar a otros funcionarios. La sentencia que impuso la sanción en el caso *sub judice* quebrantó de manera ostensible el artículo 26 de la Constitución, incurriéndose en una nulidad de orden constitucional, insubsanable por absoluta falta de competencia de la Sala Disciplinaria integrada irregularmente (Salvamento de voto del doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja, al auto de noviembre 12 de 1989. Sala Disciplinaria. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número C-092. Actor: Rodrigo Ordóñez Ochoa). 1113

Págs.

traduce en un acto administrativo formal y materialmente apto *"per se"* para producir efectos en derecho, por la exacta individualización de sus estipulaciones o disposiciones y de las razones que mueven a las mismas, entre otras características (Año gravable de 1979) (Sentencia de agosto 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1808. Actor: Hilda Mishaan de Douer). 688

RESPONSABILIDAD POR RIESGO / TEORIA DEL RIESGO - Servicio de energía / PRINCIPIO DE EQUIDAD

En múltiples ocasiones, el régimen de responsabilidad administrativa fundado en la falla del servicio es insuficiente para explicar la procedencia de la reparación de perjuicios que, en términos de equidad, deben ser resarcidos, no con base en tal régimen, sino con apoyo en la teoría del riesgo excepcional. Si la causa resulta desconocida ello no es óbice para que, con base en esta teoría, sea procedente la declaratoria de responsabilidad (Sentencia de agosto 22 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 5408 (317). Actor: Daniel Pira Amaya). 166

RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DE INMUEBLES / CARGA DE LA PRUEBA

A la parte actora correspondía acreditar plenamente la condición de propietario de los inmuebles que dice fueron ocupados permanentemente, en cuya calidad sustenta sus pretensiones, probando no sólo que los había adquirido aportando copias de las escrituras públicas respectivas por tratarse de inmuebles y que se realizó la tradición, sino que al momento de ejecutar los derechos de que se dice titular en aquella calidad, todavía la ostentaba (Sentencia de agosto 15 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5330. Actor: Oseas Hincapié López). 151

RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE / FUERZA MAYOR

La fuerza mayor se caracteriza por ser imprevisible e irresistible. Un incendio en bodegas oficiales en las cuales se almacenan materiales de alta combustión, lejos de ser imprevisible, puede considerarse posible, dada precisamente la naturaleza de la actividad desarrollada por la empresa demandada y la de las mercancías almacenadas. La ausencia de culpa invocada no exonera de responsabilidad a la parte demandada, porque ella es improcedente en un régimen de responsabilidad objetivo (Sentencia de agosto 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 3419 (136). Actor: Compañía Suramericana de Seguros S. A.). 128

Págs.

jurisdiccional es el que haya dado por fuera del proceso y ajeno por lo tanto a sus funciones de juzgador, pero que pueda originar un interés, pero jamás, en un auto o en una sentencia anterior, del mismo proceso o de otro, porque dicha interpretación haría imposible la existencia y resolución de los recursos de reposición y apelación (Auto de julio 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2309. Actor: La Nación). 1121

RENTA PRESUNTIVA / FUERZA MAYOR

El mero hecho de que la actividad manufacturera de la sociedad hubiera reportado cuantiosas pérdidas en el año, no solamente no excusaba la carga de liquidar la renta presuntiva, de conformidad con el artículo 8º del Decreto 2343 de 1974, sino que, por ello, no probada *"per se"* la incidencia negativa de la fuerza mayor (Ejercicio fiscal de 1975) (Sentencia de julio 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1784. Actor: Eternit Pacífico S. A.). 653

RENTA EXENTA / INDUSTRIA AUTOMOTRIZ / IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Exención

No considero que habiendo la administración reconocido que la exención se encontraba vigente y existiendo serios elementos de juicio que hacen pensar que con relación al Decreto 670 de 1960 no pudo darse la derogatoria tácita, se deba pronunciar la Sala partiendo de la consideración contraria (Aclaración de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano a la sentencia de octubre 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1985. Actor: Sofasa S. A.). 754

RENTA EXENTA / INDUSTRIA AUTOMOTRIZ / IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Exención

El beneficio previsto en el Decreto 670 de 1960, se concretó en una renta exenta y no en un "descuento tributario"; así se entendió y aplicó hasta la expedición del Decreto-ley 2053 de 1974 que al regular íntegramente la materia relativa a las exoneraciones o exenciones del impuesto, dejó sin vigencia los beneficios no contemplados expresamente en tal decreto (Ejercicio fiscal de 1978) (Sentencia de octubre 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 1985. Actor: Sofasa S. A. Con aclaración de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano). 743

REQUERIMIENTO ESPECIAL - Características

El requerimiento especial no es un procedimiento formulario de aviso de propósitos genéricos o indeterminados de la Administración, sino la manifestación expresa y concreta de la voluntad de ésta, que se

Págs.

doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número S-094. Actor: Jorge Alberto Ochoa). 949

RECURSO DE APELACION - Presentación

El escrito del recurso de apelación debe ser presentado personalmente (Auto de julio 27 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Euclides Londoño Cardona. Expediente número 0312. Actores: Víctor Eduardo Prado Delgado y Luis Angel Martínez Sendoya). 1135

RECUSACION - Trámite

Basta con que se presente recusación adjuntando la copia auténtica del denuncio penal cuando ella se formula con base en la causal 7ª del artículo 142 del C. de P. C. para que de derecho se produzca la separación del juez del conocimiento del proceso, existiendo competencia sólo para el trámite del o de los incidentes respectivos. El artículo 143 *ibídem* prevé la existencia de un proceso en trámite que impulsa el sustanciador y es lógico que a él se le dirija la recusación cuando el ponente es el recusado; y si la recusación afecta a otro integrante de la Sala, se le dirige a él y si es a todos se debe dirigir a todos (Salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn al auto de 28 de julio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2491. Actor: Rodrigo Marín Bernal). 90

RECUSACION - Trámite

Si son cuatro los Magistrados recusados, deben presentarse individualmente sus recusaciones, tramitarse cuatro incidentes, cada uno de los cuales, a su vez deberá ser resuelto por una Sala de conformación diferente para cada caso concreto (Auto de julio 28 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 2491. Actor: Rodrigo Marín Bernal. Con salvamento de voto del doctor Carmelo Martínez Conn). 87

RECUSACION - Improcedencia

Es improcedente plantear un incidente de recusación de uno o de varios de los integrantes de una Sala de Decisión, cuando ya el proceso ha terminado con sentencia y no quedó nada pendiente de resolver, pues eso sería como aceptar que la sentencia pudiera ser afectada posteriormente con nuevos recursos, trámites o incidentes, lo que no está previsto ni permitido por la ley procesal (Auto de noviembre 9 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actores: Gustavo Certaín Duncan y otros). 1243

RECUSACION / CONCEPTO DEL JUEZ

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que el concepto o consejo que le impide al juez actuar en ejercicio de la función

Págs.

de las secciones (Sentencia de septiembre 8 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número S-062. Actores: Rufino Antonio Capachero y otros. Con salvamento de voto de las doctoras Clara Forero de Castro y Consuelo Sarria Olcos y aclaración de voto del doctor Miguel González Rodríguez). 923

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION / PRUEBA RECOBRADA

La revisión es el remedio extraordinario que concede la ley para que se rescinda y deje sin efecto una sentencia firme, ganada injustamente, a fin de que se vuelva a abrir el juicio y se falle con arreglo a la justicia. La prueba recobrada, para valer como tal debe reunir los requisitos que ha destacado la doctrina nacional, en especial el profesor Reyes Echandía el que anota "que de haber obrado en el proceso hubiera variado la decisión contenida en la sentencia que el recurrente hubiera estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportarlos, por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria" (Sentencia de agosto 31 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente número 5120. Actor: Fernando Prada López). (NOTA DE RELATORIA: Bajo circunstancias fácticas distintas, la Sala reitera en lo fundamental la doctrina aquí consignada sobre prueba recobrada en fallo de septiembre 29 de 1989, expediente número 5312, actor: Omar Torres C., ponente doctor Julio César Uribe Acosta). 871

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

Seguir la opción de la cual me aparto, podría conducir al injusto absurdo de llevar a una providencia que admite como próspero el recurso de súplica y por consiguiente de victorioso al impugnante pero a renglón seguido lo despoja de su victoria con un fallo de instancia que no acoge la doctrina por cuyo imperio se trabó la litis, sino otra que se diseña *ad hoc* como nueva posición oficial de la Corporación (Aclaración de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano a la sentencia de septiembre 19 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número S-094. Actor: Jorge Alberto Ochoa). 958

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Objeto

La Sala Plena del Consejo de Estado sólo puede entrar a revisar la sentencia suplicada y a fallar de mérito, cuando encuentra que de aquélla sí contiene un cambio en la jurisprudencia que se alega contrariada, pero que ésta amerita ser mantenida o que debe ser modificada, pero en forma diferente a como lo hace dicha providencia recurrida, y cuando además, el punto de derecho interpretado en forma contraria a la jurisprudencia, constituye el único soporte del fallo, en caso contrario, no puede hacerlo, porque rebasaría la naturaleza y finalidad del recurso extraordinario (Sentencia de septiembre 19 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente

Págs.

de partes no juega papel en este campo para determinar los efectos de la cosa juzgada como sí lo juega en el campo civil (Sentencia de noviembre 24 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5573. Actores: Félix Celis Palencia y otros). 288

R

RAMO DE DEFENSA / PERSONAL CIVIL / RENUNCIA - Régimen aplicable

Observando el mandato contenido en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, hizo bien el Tribunal en dar aplicación al artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 para establecer si la renuncia presentada había sido regularmente aceptada como lo exige el artículo 22 del Decreto 610 de 1977 para que se produzca el retiro del servicio (Sentencia de 6 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2774. Actor: Mariela Fula Bravo. Con salvamento de voto del doctor Joaquín Barreto Ruiz). 1051

RAMO DE DEFENSA / PERSONAL CIVIL / RENUNCIA - Régimen aplicable

La aplicación analógica de las normas, prevista en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, es viable siempre y cuando no exista disposición legal que haya establecido la inaplicabilidad de un ordenamiento jurídico, tal como lo señaló en forma expresa el artículo 64 del Decreto 2400 de 1968 (Salvamento de voto del doctor Joaquín Barreto Ruiz a la sentencia de 6 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número 2774. Actora: Mariela Fula Bravo). ... 1056

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION / FALLO INHIBITORIO - Improcedencia

Habiendo sido inhibitorio el fallo recurrido, no puede incurrir en interpretación errónea de las normas sustantivas invocadas, y por tanto no se da la violación directa de la Constitución o de la ley, exigida para que el recurso prospere (Auto de fecha 4 de octubre de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente doctora Clara Forero de Castro. Expediente número R-043. Actor: Roberto Echeverri Grisales). 1047

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Naturaleza

Cuando habla el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 del "auto interlocutorio" o de la "sentencia" dictados por una de las secciones "sin la aprobación de la Sala Plena", se está refiriendo a "alguna jurisprudencia" de la propia sección y que la Sala Plena fuese la que se ocupase, en el recurso de súplica que se interpusiera, de determinar si hubo o no desconocimiento de jurisprudencia o doctrina de una

Págs.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION / NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA / COMPETENCIA

No se ha producido quebrantamiento alguno del artículo 27 de la Ley 96 de 1920, por infracción directa o por aplicación indebida de los artículos 68-11 de la Ley 4ª de 1913 y 17 del Decreto 1660 de 1978 que facultan al Presidente de la República para nombrar interinamente, en receso del Congreso los empleados que éste o cualquiera de sus Cámaras debiera elegir, siempre que falten y no haya suplentes que puedan reemplazarlos, concretamente el empleado que deba ocupar interinamente el cargo de Procurador General de la Nación (Sentencia de octubre 20 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0294. Actores: Clímaco Giraldo y otro). 641

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Calidades / PRINCIPIO DE CAPACIDAD ELECTORAL / DERECHO A SER ELEGIDO

Obra prueba tendiente a demostrar el ejercicio profesional cuestionado por el término y con la calidad exigida por la Constitución para ejercer el cargo de Procurador General de la Nación. El derecho a ser elegido o la elegibilidad, es la situación de quienes reúnen las condiciones constitucionales y legales para acceder, mediante elección, a determinadas funciones o cargos oficiales, no coincidiendo con la capacidad electoral activa, por cuanto requiere del candidato condiciones suplementarias establecidas por el derecho positivo (Sentencia de julio 17 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Expedientes números 0202 y 0213. Actores: Alfredo Castaño Martínez y Víctor Velásquez Reyes). 617

PRUEBA DE OFICIO / AUTO PARA MEJOR PROVEER

El auto para mejor proveer no puede servir para suplir la falta de actividad procesal de una o varias partes dentro de las oportunidades procesales, sino precisamente, como lo expresa la norma, para aclarar lo dubitativo, lo oscuro (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 439

PRUEBA TRASLADADA / COSA JUZGADA

Las pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Las pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea el caso, dentro del proceso de responsabilidad. En materia penal la sentencia absolutoria o condenatoria es inmutable y definitiva para todo el mundo y la identidad

Págs.

ritualidades establecidas en las normas positivas, el desacato por las formalidades previstas en los mandamientos legales, el descuido o desborde de los parámetros trazados en los estatutos procesales, que son de orden público (Auto de agosto 31 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1194. Actor: Jairo Gómez Aristizábal). 1207

PRINCIPIO DE IMPULSO OFICIOSO / PRUEBA DOCUMENTAL / LEGITIMACION EN LA CAUSA

Cualquiera que sea el criterio sobre el alcance del juez de decretar pruebas de oficio debe tenerse en cuenta que su propósito no es suplir o subsanar deficiencias probatorias de las partes ni puede el juez, en virtud de ellas, variar la particular posición que aquellas asumieron en el proceso, como sería el de convertir en demandadas a quienes escogieron ser demandantes o determinar que están pidiendo para otros cuando lo hacen para sí. Los documentos públicos o privados constituyen medios probatorios de los hechos a que ellos se refieren o de la manifestación del pensamiento en él contenida (Sentencia de agosto 14 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5602. Actores: Soc. Servitríplex Ltda. y otros). 1148

PROCESOS DISCIPLINARIOS / FUNCIONARIOS O EMPLEADOS RAMA JURISDICCIONAL / MINISTERIO PUBLICO - Régimen aplicable / SANCION DISCIPLINARIA - Naturaleza

Los procesos disciplinarios contra funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público se adelantan de conformidad con los Decretos-leyes 250 de 1970, 052 de 1987, 1888 y 1975 de 1989. Por consiguiente se rigen por normas diferentes de los Códigos de Procedimiento Penal y Civil y del Código Contencioso Administrativo. La decisión que en el presente caso impuso una sanción disciplinaria es de carácter administrativo, no sometida a los incidentes judiciales, sino a los recursos que la ley expresamente prescribe contra él y su control jurisdiccional corresponde a la Corte Suprema de Justicia (Auto de noviembre 12 de 1989. Sala Disciplinaria. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número C-092. Actor: Rodrigo Ordóñez Ochoa. Con salvamento de voto del doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja). 1113

PROCESO ELECTORAL / PRUEBAS - Término

En el proceso electoral se dan particulares situaciones, como quiera que el demandante puede pedir pruebas en el libelo inicial de demanda como también durante el término de fijación en lista, según las voces del artículo 233 del C. C. A. (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 437

Págs.

número R-015). NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del doctor Alvaro Lecompte Luna se refiere a la técnica del recurso extraordinario de anulación y en concreto al denominado *error in judicando.* 1044

PERSONERIA ADJETIVA

La ley procesal de manera alguna exige como requisito del poder que se precise en su texto o contenido la acción judicial; tampoco que se indique en el poder expresamente a la parte que va a ser demandada, a diferencia de lo que acontece con la demanda. La falta de precisión sobre el nombre de la persona que debe ser vinculado al proceso como parte demandada, no puede conducir a desestimar la acción y sus pretensiones (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 437

PERSONERO - Elección / CONCEJO MUNICIPAL / COMPETENCIA / PERSONERO - Remoción

El artículo 101 del Código de Régimen Municipal no es pertinente aplicarlo cuando determinado funcionario se encuentre desempeñando en propiedad su cargo de personero, tesorero, contralor, auditor o revisor, pues en tal caso dicho funcionario sólo puede ser removido o suspendido antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación, y no por el Concejo Municipal, y, por lo tanto, este último no podría nombrar a otra persona que le disputara el cargo durante el período para el cual se eligió (Sentencia de octubre 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0332. Actora: Rosa Elvira Arce de Rodríguez). 519

POLICIA NACIONAL / DIRECTOR GENERAL / NACION - Representación / COADYUVANCIA / LEGITIMACION PROCESAL

El Director General de la Policía también podrá intervenir en los procesos contencioso-administrativos relacionados con actos o hechos de la Policía Nacional, no propiamente con el carácter de tercero, porque jurídicamente no lo es, como que esa institución forma parte integrante de la persona jurídica *Nación*, pero sí con las mismas facultades de los intervinientes adhesivos o coadyuvantes, sin serlo, pues no otro sentido tiene la previsión legal de que se le notifique el auto admisorio de la demanda, así como la posibilidad de que constituya apoderado dentro de tales procesos (Sentencia de octubre 3 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número S-054. Actora: Ana María Mendoza de Moreno). 196

PRINCIPIO DE EFICACIA

El ritualismo excesivo, el formulismo extremo son tan perjudiciales a la Ciencia del Derecho, como lo es indudablemente el desapego a las

Págs.

Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5606. Actores: Campo Elías Martínez Grijalba y otros). 250

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS

Para decretar la reparación por daño moral en favor de hermanos, se ha venido exigiendo prueba de los vínculos familiares —no sólo los de sangre—, y por lo tanto, afectivos con el occiso, sino que se exige también acreditar las condiciones de convivencia, familiaridad y mutua ayuda o colaboración; elementos que según la Sección Tercera, se condensan en la circunstancia de vivir en la misma casa. Aunque no se comparta este enfoque para medir el daño moral y el derecho que nazca de él a ser indemnizado porque las relaciones de cariño, de amor, de afecto a las personas entre sí no puede sintetizarse en la circunstancia física de "convivir", de tener "familiaridad", de "mutua ayuda" o "colaboración" y mucho menos de "vivir bajo el mismo techo", es claro que no es desconocido en este aspecto la sentencia suplicada, de las dos providencias de la Sala Plena se han dicho contrariadas (Sentencia de septiembre 8 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número S-062. Actores: Rufino Antonio Capachero y otros. Con salvamento de voto de los doctores Clara Forero de Castro y Consuelo Sarria Olcos y aclaración de voto del doctor Miguel González Rodríguez). NOTA DE RELATORIA: Los salvamentos de las doctoras Clara Forero de Castro y Consuelo Sarria Olcos, en esencia, son los mismos que suscribieron con motivo del fallo de febrero 7 de 1989, expediente número S-067. Actor: Juan Evangelista Mesa Hernández, ponente doctor Miguel González Rodríguez, los cuales aparecen publicados en el Tomo III de la Caja Agraria, páginas 20 a 24, y corresponden, a los Extractos números 4 y 5 de dicho Tomo. 923

PERSONAL DOCENTE / PENSION GRACIA

La Sala no comparte el argumento según el cual la pensión gracia regulada por la Ley 114 de 1913 es de carácter nacional y por ello sí le es aplicable el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, porque aún en el evento de que se considerase dicha pensión del orden nacional, según la ley de facultades extraordinarias (Ley 14 de 1971), la regulación invocada se refería a los docentes al servicio del Ministerio de Educación y no a quienes prestaban sus servicios a los departamentos (Sentencia de septiembre 12 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número R-015. Actora: Ana Beatriz Romero de Solórzano. Con aclaración de voto de los doctores Miguel González Rodríguez y Alvaro Lecompte Luna). 1039

PERSONAL DOCENTE / PENSION GRACIA

(Aclaración de voto del doctor Miguel González Rodríguez a la sentencia de septiembre 12 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente

Págs.

eventos de muerte, para parientes próximos, ello no es óbice para que la Sala establezca el tope máximo cuando se trata de una anomalía física, con hondas repercusiones morales y síquicas, con la cual ha de convivir por el resto de sus días (Sentencia de julio 31 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente número 2852 (252). Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez). 113

PERJUICIOS MORALES - Hermanos / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

El cargo debió decidirse con base en la nueva concepción jurisprudencial adoptada por la misma Sala Plena en febrero 7 de 1989 (expediente S-067), según la cual 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, pues las relaciones afectivas de las personas no obedecen a reglas formales que puedan fijarse de antemano (Aclaración de voto del doctor Miguel González Rodríguez a la sentencia de septiembre 8 de 1989. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número S-062. Actores: Rufino Antonio Capachero y otros). 943

PERJUICIOS MATERIALES - Liquidación / SALARIO MINIMO / LIQUIDACION DE CONDENA

Es cierto que en Colombia existe el llamado salario mínimo legal que consiste en la suma diaria que todo empleador debe pagar, por lo menos, a quien le preste un servicio personal bajo continuada subordinación o dependencia. Pero esto no quiere decir que si el patrono viola la disposición y en la práctica paga menos a su servidor y este perece, la indemnización para quienes se beneficiaban de parte de ese salario real, tenga que elevarse a la suma mínima legal (Auto de noviembre 30 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5796. Actor: Colombia Díaz de Sierra). 263

PERJUICIOS MORALES A MENORES / PERJUICIOS MORALES AL HIJO POSTUMO

Si el hijo póstumo tiene derecho a aspirar a una vida armoniosa, al lado de sus padres, por el tiempo que la naturaleza misma indique y si ese derecho se contraría por acto injurídico de cualquiera, ¿por qué no admitir su reparación? Y lo mismo puede preguntarse ya no sólo del póstumo sino del nacido pero aún de corta edad, que ya ha experimentado, así no sea en forma plenamente consciente, el cariño y la solicitud de la madre o el padre, que de pronto desaparece por la acción o inacción de alguna de aquellas personas? (Sentencia de noviembre 16 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección

Págs.

registro de votos se haga de manera subrepticia y que, por el contrario, realizándose el recuento de los votos y extendiéndose el registro que contenga el resultado en el mismo sitio en que la mesa funcionó, o donde deba funcionar, por mandato legal, la corporación escrutadora, ello se efectúa a la vista del público en forma tal que todos puedan observar las operaciones realizadas (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 439

P

PARQUE AUTOMOTOR - Incremento / SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE / SUSPENSION PROVISIONAL

Ante las disposiciones de carácter general y obligatorias contenidas en normas tales como el literal g) del artículo 1º del Decreto-ley 80 de 1987 y artículos 20 a 23 y 48 del Decreto 0265 de 1988, reglamentario del anterior, surge la flagrante violación en que incurren las disposiciones demandadas sobre incremento del parque automotor, en tal forma que se hace operante la medida precautelativa provisoria que establece el artículo 152 del C. C. A. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto número 767 de 21 de diciembre de 1988, emanado de la Alcaldía de Medellín (Auto de septiembre 29 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente número 1262. Actor: Jorge León Montoya N.). 55

PENSION DE JUBILACION / PENSION DE INVALIDEZ - Incompatibilidad / DERECHO DE OPCION / RAMO DE DEFENSA / PERSONAL CIVIL

Las pensiones de jubilación, de invalidez y de retiro por vejez a que tenga derecho un empleado civil del Ramo de Defensa o de la Policía Nacional, son incompatibles entre sí, de modo que si, hipotéticamente concurrieron en una misma persona, el beneficiario podrá optar por la más favorable (Sentencia de julio 17 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Alvaro Lecompte Luna. Expediente número 2298. Actor: Adonisedec Cubides Mora). 985

PERJUICIO MORAL / LESIONES

Cuando a raíz de una actuación administrativa una persona pierde uno de sus órganos vitales, la situación de inferioridad en la cual queda respecto de sus congéneres, genera angustia, zozobra, en una palabra, profundo dolor, que debe ser por tanto indemnizado en su máxima expresión, esto es, mediante mil gramos oro. Si bien es cierto dicho tope máximo está establecido jurisprudencialmente para los

Págs.

LIQUIDACION DE CONDENA

La entidad pública vencida no podrá, en principio, aceptar la liquidación que presente la parte favorecida con la sentencia ni el juez aprobaría de plano. La aceptación de la liquidación por parte de la Nación no puede asimilarse a un allanamiento (Auto de noviembre 15 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Unitaria. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5695. Actor: Olga Lucía Mc. Ewen viuda de Betancur). 247

M

MAYORIA ABSOLUTA / MITAD MAS UNO / CORPORACION PUBLICA / QUORUM DECISORIO

Siendo casi imposible alcanzar la unanimidad y aún hasta la mayoría calificada, se han consagrado fórmulas que estatuyen un mínimo de adhesión para la toma de decisiones como requisito de validez que las hace obligatorias. Ese mínimo lo establece nuestra Carta Política en la exigencia de la mitad más uno de los integrantes de la respectiva Corporación, mínimo determinable por defecto y no por exceso, sobre la cantidad que resulta de dividir por dos, más la unidad, el número de sus miembros (Sentencia de octubre 9 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Expediente número E-0333. Actor: Bladimiro Molina Vergel y otro). 511

N

NULIDAD ELECTORAL / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD / SISTEMA DEL CUOCIENTE ELECTORAL

No toda irregularidad que se observe o se dé en la etapa de escrutinio y declaratoria de elección, conlleva la sanción de nulidad del acto administrativo electoral en donde la última se haga, bastando para ello invocar la antigua causal 4ª del artículo 233 del C. C. A. —hoy modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988 que ya no habla de "sistema electoral" sino del "sistema del cuociente electoral"— en concordancia con el artículo o artículos que establecen lo que se debe hacer por los jurados o corporaciones escrutadoras (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 439

NULIDAD ELECTORAL / ESCRUTINIO / RECLAMACION ELECTORAL

La causal de reclamación y de nulidad —hoy tan sólo de reclamación— que se impetra tiene como razón de ser la de evitar que el recuento y

Págs.

L

LEGITIMACION PROCESAL / PODER / ADJUDICACION DE BALDIOS / CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO / CADUCIDAD

El demandante no excedió el poder. Este fue otorgado para demandar la nulidad de las resoluciones de adjudicación de baldíos. Cualquiera sea la acción intentada, la nulidad del acto de adjudicación producirá automáticamente el restablecimiento del derecho. Se trata del contencioso objetivo impropio, el que por activa permite accionar a cualquier persona —dentro del término de caducidad— aún sin interés concreto y particularizado en la decisión, pero con alcance de restablecimiento para el titular del derecho afectado (Auto de octubre 5 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5471. Actor: Jaime Pumarejo Certaín. Con salvamento de voto del doctor Antonio José de Irisarri Restrepo y aclaración de voto del doctor Gustavo de Greiff Restrepo). 1213

LIQUIDACION DE REVISION / NOTIFICACION / REPOSICION DE TERMINOS

Los errores que ocurran involuntariamente por parte de la administración cuando envía la notificación a una dirección equivocada ya no genera preclusión de toda actividad administrativa si ya han transcurrido los dos años que señalaba el Decreto 1651 de 1961, sino genera la reposición de términos a favor del contribuyente para que éste pueda interponer los recursos a que haya lugar (Ejercicio fiscal de 1974) (Sentencia de agosto 4 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 0170. Actor: Barberena Hermanos Ltda.). 683

LIQUIDACION DE CONTRATO - Consecuencia / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA

Es cierto lo dicho por el *a quo* acerca de que la entidad demandada no podía, al ordenar la liquidación del contrato deducir pretensiones indemnizatorias, pero no lo es en cuanto sostiene que terminado el contrato sólo podía liquidarlo, pues, sí hubiera podido declarar su incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Si la administración no liquida unilateralmente dentro de los dos meses siguientes al plazo de cuatro meses (para la liquidación bilateral), correrá con los perjuicios que con ello pueda ocasionar al contratista y que éste reclame por la vía jurisdiccional. Transcurridos dos años desde la terminación del contrato, ni el contratista podrá exigir la liquidación y/o los perjuicios, ni la administración efectuarla, pues en tal caso habrá caducado cualquier acción que las partes pudieran promover con fundamento en el contrato (Sentencia de diciembre 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5334. Actor: Soc. Cía. Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda.). 339

Págs.

sujeción a un procedimiento dado, constituirá una coacción legítima y su cumplimiento no causará, en principio, perjuicios. Pero si la administración, so pretexto de ejercer esa coacción legítima, cumple un procedimiento viciado o contra un sujeto no legitimado incurre en vía de hecho (Sentencia de diciembre 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente número 5321. Actor: Antonio José Castaño Ramírez). 307

JUICIO DE POLICIA / ACTO DE POLICIA / ACTO ADMINISTRATIVO

La resolución acusada —que no puede considerarse como providencia de policía de carácter civil—, desconoce la advertencia legal según la cual en los procesos de policía no se controvertirá el derecho de dominio, al determinar que un inmueble no pertenecía al actor sino que era de uso público (Auto de agosto 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 1045. Actor: Clovis Puche Cordero). 46

JURISDICCION COACTIVA / COMPETENCIA / CUANTIA

La cuantía en negocios de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de determinación de impuestos, se determina por el monto del impuesto discutido; entendiéndose por impuesto discutido la diferencia entre el valor de los impuestos que se determina el contribuyente en su liquidación privada y los que fija la Administración Tributaria en la liquidación de revisión (Ejercicio fiscal de 1982) (Sentencia de agosto 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 1681. Actor: I. C. Prefabricados S. A.). 697

JURISDICCION COACTIVA - Funcionario ejecutor / ESTABLECIMIENTO PUBLICO - Representante legal

Todos los representantes de los establecimientos públicos de cualquier orden, tienen jurisdicción coactiva (Sentencia de noviembre 27 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2196. Actor: Empresas Públicas de Medellín). 865

JURISDICCION ROGADA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / FALLO ULTRA PETITA - Improcedencia

El juez administrativo no puede fallar *extra* o *ultra petita*, ni tener en cuenta para decidir disposiciones constitucionales y legales diferentes a las citadas por el accionante, o conceptos de violación de la norma superior distintos a los expresados en el libelo (Sentencia de julio 10 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0314. Actor: Polidoro Cáceres Tarazona). 393

Págs.

una cualquiera de estas formas o ninguna, sin que por hacerlo o no hacerlo se afecte la validez del proceso, pero si es litisconsorte necesario, éste tiene que ser citado o emplazado en legal forma, para que se integre al proceso, de lo contrario presentará la causal de nulidad de que trata el artículo 152-9 del C. de P. C. (Sentencia de diciembre 11 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente número 5334. Actor: Soc. Cía. Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda.). ... 339

ISLAS DEL ROSARIO / BALDIOS / RESERVA TERRITORIAL DEL ESTADO - Enajenación / ALCALDE / NORMAS DE URBANISMO / CLASIFICACION DE TIERRAS / INCORA / COMPETENCIA

Siendo las Islas del Rosario baldíos que pertenecen a la Nación y siendo también reservas territoriales de ésta e inenajenables, le está vedado al alcalde interferir, impedir, restringir o perturbar en tal derecho de dominio. No se compadece con la función que el Estado cumple con los bienes que conforman las Islas del Rosario, su encuadramiento en el sistema urbano de Cartagena pues además de desplegarse en éstas facultades que pugnan con las que legalmente corresponden a la Nación al respecto, desvirtúan la finalidad de uso común anotada para darle prelación al objeto urbanístico que por el contrario está inspirado en el interés particular de lucro. El INCORA tiene competencia para clarificar la propiedad de las tierras, con fundamento en el literal d) del artículo 3º de la Ley 135 de 1961. DECLARASE LA NULIDAD de los siguientes textos del Decreto número 184 de 21 de julio de 1978 expedido por el Alcalde Mayor de la ciudad de Cartagena: Parágrafo del artículo 12 en la expresión: "Archipiélago de las Islas del Rosario"; parágrafo del artículo 13 en la frase: "Archipiélago de las Islas del Rosario"; literal d) del artículo 32; la locución: "Sector. Islas del Rosario" del artículo 84; los artículos 195 y 196; el numeral 2º del artículo 197 y los artículos 200 y 201 (NOTA DE RELATORIA: Sobre la competencia del INCORA se reitera lo dicho en sentencias de 21 de enero de 1972, Sección Tercera, actor: Jairo Gutiérrez y otros, expediente número 1070, y de 1º de abril de 1988, Sección Tercera, actor: Cementos del Caribe y Parrish & Cía. S. A., expediente número 3489) (Sentencia de 13 de octubre de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente número 805. Actor: Procurador Delegado en lo Civil). ... 62

J

JUICIO CIVIL DE POLICIA / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA / VIA DE HECHO

Debe demandarse en el proceso policivo a la persona legitimada y si no se hace, el procedimiento seguido constituirá una vía de hecho contra ésta. El proceso instaurado contra el verdadero legitimado, con

Págs.

DECLARA LA NULIDAD del parágrafo 3º del artículo 24 *ibídem*. DECLARA LA NULIDAD de los Acuerdos 15 y 18 de 1987 proferidos por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en cuanto reprodujeron la orden de gravar con impuesto de industria y comercio a la "fabricación de cigarrillos de tabaco", a la tarifa industrial del 7 por mil en el Código 103 del artículo 3º del Acuerdo 15 y en el Código 105 del artículo 37 del Acuerdo 18 de 1987 (Sentencia de octubre 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2222. Actor: Pablo Cárdenas Pérez. Con aclaración de voto del doctor Carmelo Martínez Conn). 9

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Improcedencia / ACCION ELECTORAL / DEMANDA ELECTORAL

Habrá casos en que no basta la pretensión de declaratoria de nulidad del acto que hace la declaratoria de elección, sino que es menester impetrar del juez administrativo la orden de que se rectifiquen o modifiquen los escrutinios efectuados en la vía administrativa por los jurados o por las corporaciones escrutadoras, y se determine, si como consecuencia de ello, hay alteración del resultado electoral, caso en el cual se deben expedir por el mismo juez de la correspondiente o correspondientes credenciales a los que resulten elegidos, existiendo, entonces, una perfecta congruencia entre las peticiones de nulidad y las de rectificación o modificación de los escrutinios (Sentencia de septiembre 25 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez. Expediente número 0323. Actor: Gustavo Certaín Duncan). 437

INSPECCION ADMINISTRATIVA - Efectos / INSPECCION CONTABLE / PRUEBA CONTABLE / SANCION POR INEXACTITUD

A las visitas de inspección administrativa y fiscal adelantadas por funcionarios impositivos, jamás se ha atribuido el mérito de prueba pericial, precisamente porque, para efectuarlas, no existe disposición legal alguna que imponga a aquellos, y ni siquiera a los jueces del proceso civil, una particular versación técnica, científica o artística, de suerte que las confrontaciones o reconocimiento que realicen unos y otros, en tanto no desborden el ámbito propio del conocimiento especializado, surten efectos de plena probanza (Ejercicio fiscal de 1982) (Sentencia de diciembre 7 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente doctora Consuelo Sarria Olcos. Expediente número 1982. Actor: Zoilo Santamaría e Hijos Limitada). 780

INTERVENCION DE TERCEROS / COADYUVANTE / LITISCONSORCIO NECESARIO ACTIVO

La intervención de un tercero en un proceso puede explicarse bien porque se haga parte en él como litisconsorte voluntario o como coadyuvante y el interviniente que llene los requisitos de ley puede escoger

Págs.

establecer. CONFIRMA LA NULIDAD de la expresión "no sujetos o" contenida en cada uno de los parágrafos de los artículos 28 y 32 del Acuerdo del Concejo de Bogotá número 21 de 1983, decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sentencia de octubre 27 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano. Expediente número 2172. Actor: Ligia Sarmiento de Peña). 23

IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Hecho generador / RENTA GRAVABLE

Son ingresos, para efectos de impuestos sobre la renta, los obtenidos en dinero o en especie, ordinarios o extraordinarios, siempre que constituyan enriquecimiento para el contribuyente que los recibe y se hayan realizado en el año gravable. Un ingreso enriquece a quien lo recibe, cuando pueda aumentar su patrimonio. Por esta razón, no son ingresos determinantes de rentas, aquellos que corresponden a reembolso de capital, pago de una deuda, indemnización por daño emergente (Ejercicio fiscal de 1974) (Sentencia de septiembre 29 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente número 0407. Actor: Ana Candelaria Falla de Serrano). 722

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Base gravable / DOBLE TRIBUTACION / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / ACTIVIDAD COMERCIAL

Ejerciendo un sujeto en un municipio la actividad industrial (producción), ésta continúa siéndolo cuando en el mismo municipio distribuye o vende sus productos, en razón de la salvedad que a la definición de actividad hace en la parte final el artículo 35 de la Ley 14 de 1983 (Sentencia de octubre 13 de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 2222. Actor: Pablo Cárdenas Pérez. Con aclaración de voto del doctor Carmelo Martínez Conn). 9

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO / ACTO ADMINISTRATIVO SUSPENDIDO - Nulidad / IMPUESTO A LOS CIGARRILLOS

La circunstancia de que el artículo 76 de la Ley 14 de 1983 no fuere incluida en el estatuto de Régimen Municipal —Decreto 1333 de 1986— y concretamente en el artículo relativo al impuesto de industria y comercio, no significa en manera alguna su derogatoria, inexistencia o inaplicabilidad por parte del Distrito Especial. Teniendo en cuenta que subsistía la prohibición cuando el Concejo Distrital de Bogotá reprodujo el acto suspendido por la jurisdicción contenciosa, cabría mantener la suspensión provisional de aquéllos; pero como a la fecha está vigente el artículo 34 del Decreto 2304 de 1989, norma que sustituyó el artículo 158 del C. C. A. y a cambio de mantener indefinidamente la suspensión provisional dispone resolver sobre la nulidad de tales actos, la Sala así procederá. CONFIRMA LA NULIDAD del artículo 21 del Código 107 del Acuerdo 21 de 1983, proferida por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá; la del parágrafo 1º del artículo 24 *ibídem.*