

REPUBLICA DE COLOMBIA

# ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXVIII

ENERO - FEBRERO - MARZO

1990

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

# CONSEJO DE ESTADO

## CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

**Primer Trimestre**
**1990**

**PRESIDENTE**
Antonio José de Irisarri Restrepo

**VICEPRESIDENTE**
Reynaldo Arciniegas Baedecker

**SECRETARIA GENERAL**
Nubia González Cerón

**SECCION PRIMERA**

Luis Antonio Alvarado Pantoja **Presidente** -
Guillermo Benavides Melo - Samuel Buitrago Hurtado -
Simón Rodríguez Rodríguez

**SECRETARIO**
Víctor M. Villaquirán M.

**SECCION SEGUNDA**

Alvaro Lecompte Luna, **Presidente** - Joaquín Barreto Ruíz -
Reynaldo Arciniegas Baedecker - Clara Forero de Castro

**SECRETARIO:**
Miguel A. Perilla Perilla

**SECCION TERCERA**

Gustavo de Greiff Restrepo, **Presidente** - Carlos Betancur Jaramillo -
Antonio José de Irisarri Restrepo - Julio César Uribe Acosta

**SECRETARIO:**
Félix Arturo Mora Villate

**SECCION CUARTA**

Carmelo Martínez Conn, **Presidente** - Jaime Abella Zarate -
Guillermo Chahín Lizcano - Consuelo Sarria Olcos

**SECRETARIO:**
Jorge A. Torrado Torrado

## SECCION QUINTA

Jorge Penen Deltieure, **Presidente** - Miguel González Rodríguez -
Amado Gutiérrez Velásquez - Euclides Londoño Cardona

**SECRETARIO**
Octavio Galindo Carrillo

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Jaime Paredes Tamayo, **Presidente** - Jaime Betancur Cuartas -

Javier Henao Hidrón
Humberto Mora Osejo

**SECRETARIO:**
Elizabeth Castro Reyes

## FISCALIAS

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

## RELATORES

Sonia Mireya Vivas Pineda - Danilo Rojas Betancourth

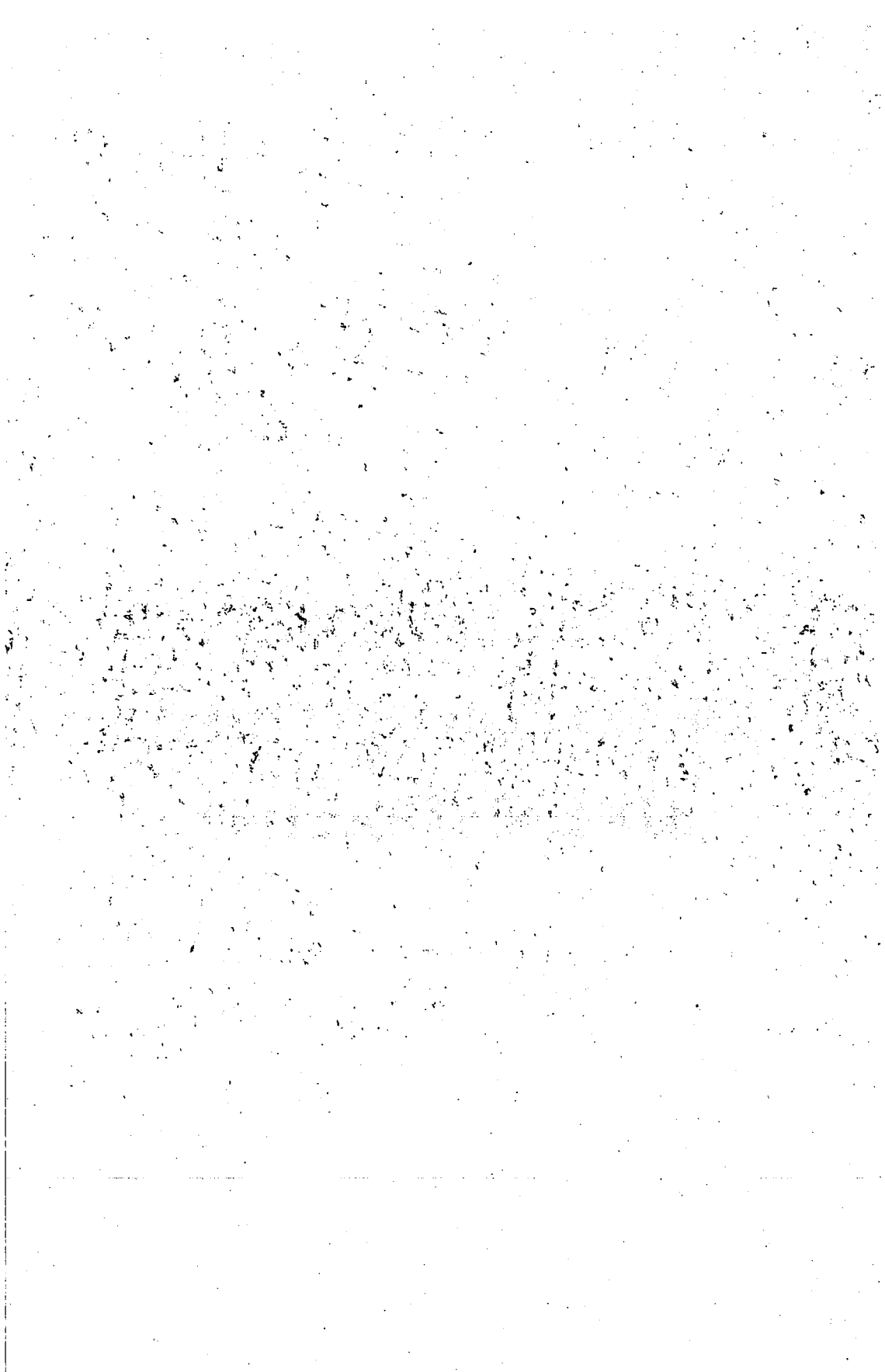


**IMPRESO EN COLOMBIA** **PRINTED IN COLOMBIA**

Impreso en Editorial Universidad Nacional – Santafé de Bogotá, D.C.



# SALA PLENA
# DE LO CONTENCIOSO
# ADMINISTRATIVO



**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Trámite/ RECURSO DE QUEJA/ SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA**

**Hoy procede afirmar que los únicos recursos extraordinarios en el Procedimiento Contencioso Administrativo son el de revisión y el de súplica y a la negativa de ellos se le aplica el de queja. El trámite o procedimiento para el recurso de queja por aplicación del art. 182, en el que se supone que un juez niega el recurso y el superior decide si procede, para el caso del recurso extraordinario de súplica contra providencias dictadas por una Sección, implica que ésta tiene competencia o posibilidad de negarlo, y que otro juez, que no puede ser sino la Sala Plena Contenciosa, la de decidir si procede o no. Contra las sentencias y autos interlocutorios de la Sala Electoral o Sección Quinta no habrá recurso extraordinario alguno.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*- Bogotá, D.E., enero veintidos (22) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 001. Actor: Jaime Pumarejo Certain. Recurso de queja - Electoral

Agotada la tramitación procesal de ley, procede la Sala a resolver los RECURSOS DE QUEJA interpuestos por el señor apoderado del demandado Jaime Pumarejo Certaín contra el auto interlocutorio proferido el día veintiseis (26) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por la Sección Quinta de esta Corporación, en virtud del cual denegó los recursos de súplica extraordinarios que se relacionan en la parte resolutiva de la misma, a saber: contra la sentencia

dictada en el mismo proceso el 25 de septiembre de 1989 y contra el auto interlocutorio del 11 de octubre del mismo año en cuanto negó dos solicitudes previas del mismo apoderado: una aclaración a la misma sentencia y una nulidad de tipo procesal.

Las disposiciones de la Sección Quinta objeto de la queja son los numerales siguientes de la parte resolutiva del citado auto del 11 de octubre:

> "1. SE DENIEGA la concesión del recurso extraordinario de súplica, interpuesto por el demandado y su apoderado, contra el auto de octubre 11 del presente año, por el cual esta Sección denegó, parcialmente, la aclaración de la sentencia de septiembre 25 de 1989, por improcedente al tenor del artículo 309 del C.P.C.
>
> "2. Se DENIEGA la concesión de los recursos extraordinarios de súplica, interpuestos por las mismas personas, contra el auto de octubre 11 de 1989 que negó la nulidad procesal propuesta por el demandado y su apoderado y se abstuvo de darle trámite a la solicitud fundamentada en el art. 312 del C. de P.C., y contra la sentencia de septiembre 25 de 1989 y el mismo auto de octubre 11 del mismo año, por ser improcedentes al tenor del art. 231 del C.C.A.
>
> "..."

Por no haber sido aceptada la ponencia presentada por el Consejero Uribe Acosta, la Sala procede de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 numeral 6° del Reglamento (Acuerdos 2/71 y 1/78).

Los fundamentos de la Sección para negar los recursos extraordinarios en resumen, son los siguientes:

1. En cuanto se negó la aclaración parcial de la sentencia, porque de conformidad con el art. 309 del C.P.C., contra el auto que deniegue la aclaración de la sentencia "no había recurso alguno" y esta norma es aplicable al Procedimiento Contencioso Administrativo, por remisión.

2. En cuanto lo denegó respecto a la nulidad de la sentencia porque "...por mandato expreso del artículo 6° de la Ley 14 de 1988, que creó esta Sección Quinta, contra las sentencias de la Sección Quinta no procede ningún recurso ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y por simple lógica tampoco contra los autos interlocutorios.

3. En cuanto lo negó respecto a la sentencia puede resumirse la argumentación principal, a lo siguiente:

A. El art. 6° de la Ley 14 de 1988 que subrogó el art. 231 del C.C.A., incluido en el capítulo sobre "juicio electoral", está vigente. No fue derogado expresamente por el artículo 68 del Decreto 2304 de 1989. Tampoco puede considerarse su derogatoria tácita porque:

i. Con base en las facultades de la Ley 30 de 1987 no se pueden derogar disposiciones de una ley posterior como es la Ley 14 de 1988.

ii. Porque el recurso extraordinario de súplica fue consagrado en 1975 respecto de las sentencias y autos interlocutorios de las cuatro (4) Secciones que integraban en ese entonces la Sala de lo Contencioso Administrativo y no opera respecto de las providencias emanadas de la Sección a la que el Legislador quiso dar un tratamiento diferente para evitar dilaciones en los procesos electorales.

B. De conformidad con los criterios de interpretación de las leyes –arts. 10 del C.C. (5° de la Ley 57 de 1887– hay aplicación preferente de la disposición relativa a un asunto especial, sobre la que tenga caracter general y en consecuencia, el artículo 231 del C.C.A. de aplicarse de preferencia sobre el 130 del mismo Código.

Estas mismas consideraciones las reiteró para fundar la negativa respecto a los recursos contra las providencias en cuanto negaron la aclaración de la sentencia y la nulidad propuesta.

## LOS RECURSOS DE SUPLICA:

Los tres escritos del 28 de noviembre son reiterativos en la fundamentación del recurso de súplica y esencialmente se reducen a los siguientes fundamentos que se exponen en forma resumida a continuación, no sin aclarar antes que la Sala examinó en su integridad tales escritos:

Sostiene el recurrente que a partir de la expedición de los Decretos 2288 y 2304 de 1989 se restablecieron los sistemas de los recursos extraordinarios de súplica contra las sentencias y los autos interlocutorios proferidos por las Secciones del Consejo de Estado, habiéndose asignado a la Sala Plena Contenciosa la competencia para conocer de ellos (con exclusión de los Consejeros que los profirieron).

De conformidad con los criterios expuestos en el artículo 3° y 2° de la Ley 153 de 1887 (insubsistencia de una disposición por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores o por existir una nueva ley que regule íntegramente la materia y prevalencia de la ley posterior), así como los del art. 40 de la misma

Ley 153 (sobre aplicación inmediata de leyes relativas a sustanciación y ritualidad de los juicios) resulta que el trámite y solución al recurso extraordinario de súplica contra la sentencia, el cual fue presentado el 17 de octubre de 1989, debe tramitarse y decidirse conforme a la nueva regulación.

Que los citados Decretos 2288 y 2304 de octubre 7/89 fueron expedidos con base en las facultades extraordinarias concedidas por el literal c) del art. 1° de la Ley 30/87 para modificar el actual régimen de competencia de las distintas autoridades jurisdiccionales y en tal virtud se le dio la competencia ya mencionada a la Sala Plena, que puede ejercer de inmediato conforme a la jurisprudencia del Consejo sobre el contenido del art. 40 de la Ley 153 de 1887.

Que el artículo 130 del C.C.A., al consagrar el recurso extraordinario de súplica, no hizo entre las Secciones del Consejo ninguna distinción, luego mal puede hacerla el intérprete para excluir las providencias de una de ellas del citado recurso.

Finalmente manifiesta que los recursos de súplica contra las sentencias de septiembre 25 y el auto de octubre 11/89 los interpuso, con personería para ello, dentro de la oportunidad legal y con cita de la jurisprudencia que estimó quebrantada, por todo lo cual y con base en la permisión del recurso de queja prevista en el art. 182 del C.C.A., reitera su solicitud sobre la procedencia de la súplica.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

No obstante la aparente complejidad de este negocio, por la proliferación de escritos, recursos y providencias, en sentir de la Sala la controversia se puede resumir en que se trata de atender un recurso de queja contra la negativa de la Sección Quinta a conceder recursos extraordinarios de súplica, contra varias de sus providencias dictadas en este proceso.

## RECURSO DE QUEJA:

En cuanto a lo primero, se recuerda que el recurso de queja está consagrado en el C.C.A., (Decreto 01 de 1984) en el artículo 182 que expresa:

"Queja.

"Para los efectos de este recurso se aplicará, en lo pertinente, lo que disponen los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil. Este recurso procederá igualmente cuando se denieguen los recursos extraordinarios previstos en este Código".

La interposición y el trámite en el caso que se resuelve, se realizaron según lo previsto en el artículo 378 del C.P.C. no existiendo, en consecuencia, ninguna observación al respecto.

Del análisis del artículo 377 del C.P.C., aplicable por remisión del C.C.A., que dispone que "cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja ante el superior para que éste lo conceda si fuere procedente" se ha extraído como característica de este recurso, el supuesto de la existencia de dos instancias o, por lo menos, de una jerarquía o escala entre los jueces que puedan conocer del asunto, con capacidad el segundo para decidir si se condece el que fue negado por el primero, pero bajo la condición de que sea procedente.

Este sistema se desarrolla sin dificultad cuando se trata de recurso extraordinario contra una sentencia dictada por un Tribunal Seccional por cuanto el Consejo obra como "superior".

Pero como el artículo 182 lo consagra sin hacer distinciones cuando se trata de recursos extraordinarios, debe entenderse que también procede cuando se trata de sentencia dictada por una de sus Secciones y para que tenga efectividad esta disposición, resulta necesario acomodar aquella característica distintiva, derivada del art. 377 del C.P.C., a estos casos. Con este criterio se deduce que la forma mas natural de respetar el supuesto de la existencia de dos jueces es la de equiparar o considerar a la Sección como "juez de primera instancia" y a la Sala Plena Contenciosa como "superior". Este símil excepcional, restringido únicamente a los fines de que trata esta providencia, tiene su apoyo en la consideración de la efectividad de las disposiciones legales y en la autorización dada por el mismo artículo 182 de aplicar "en lo pertinente" la técnica diseñada en el C.P.C., para el recurso de apelación.

De lo contrario sería necesario concluir la improcedencia del recurso de queja, solución que no acoge la Sala, en procura de la aplicación efectiva del art. 182 del C.C.A.

Por otra parte, sabido es que los "recursos extraordinarios" a que se refirió originalmente el Código en el art. 182 fueron solamente el de Revisión y el de Anulación únicos consagrados con tal carácter en el Decreto 01/84 que, además, expresamente derogó el de súplica autorizado por el art. 2° de la Ley 11 de 1975- Pero revivido este recurso por efecto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (No. 92 de agosto 30 de 1984) que declaró inexequible tal derogatoria, pudo afirmarse por parte de esta Sala la existencia compatible de tres recursos extraordinarios: el de Revisión, el de anulación y el de Súplica.

Una vez suprimido el de Anulación por el Decreto 597 de 1988 e incorporado el de Súplica, por la reciente modificación del art. 130, hecha por el Decreto 2304/89, art. 21, hoy procede afirmar que los únicos recursos extraordinarios en el Procedimiento Contencioso Administrativo son el de REVISION y el de SUPLICA y a la negativa de ellos, se le aplica el de QUEJA, tal como lo dispone el art. 182 del C.C.A.

El trámite o procedimiento para el recurso de queja por aplicación del art. 182, en el que se supone que un juez niega el recurso y el superior decide si procede, para el caso de recurso extraordinario de Súplica contra providencias dictadas por una Sección, implica que ésta competencia o posibilidad de negarlo, y que otro juez, que no puede ser sino la Sala Plena Contenciosa, la de decidir si procede o no.

Lo anterior a su turno, indica que el procedimiento seguido en el presente caso por la Sección Quinta, fue adecuado, pues dejó libre el campo de actuar a la Sala Plena en lo de su competencia, que consiste en decidir en definitiva si procede o no el recurso negado por la Sección.

La Sala, adopta este criterio y en consecuencia, dentro del recurso de queja que acepta, entra a definir si fueron bien o mal negados los extraordinarios de súplica por la Sección Quinta.

## RECURSO DE SUPLICA

Conocida es la constante preocupación del Legislador por darle celeridad y certeza a los procesos electorales que siempre ha sujetado a normas especiales y no al trámite ordinario. El estricto cumplimiento de los términos, la restricción de los indicentes, la simplificación del procedimiento, las continuas revisiones en aras a su perfeccionamiento y finalmente la creación de una Sección especializada, han sido inequívocas manifestaciones de esa permanente preocupación.

Una más de esas manifestaciones es también la relativa a la prohibición de los recursos extraordinarios, que fue consagrada desde la creación de la Sección Electoral mediante la Ley 96 de 1985 cuyo artículo 67 claramente expresó: "Contra la sentencia de la Sala Electoral no habrá recurso alguno". Esta misma disposición se encuentra hoy repetida en el artículo 6º de Ley 14 de 1988 el cual, bueno es resaltarlo, constituye un mandato directo del Legislador dictado después de que éste le había concedido facultades extraordinarias al Presidente de la República (art. 76 No. 12 C.N.) mediante la Ley 30 de 1987 (octubre 9) en la cual no mencionó este tema. Luego, no puede entenderse que un decreto dictado por el Presidente en ejercicio de precisas facultades extraordinarias, que no

mencionaron este aspecto, pudo variar la voluntad expresada directamente por el Legislador después de otorgadas aquellas facultades.

La Sala observa que las diversas normas que intervienen en el problema planteado, no son aisladas sino por el contrario, forman parte de un mismo estatuto, como es el Código Contencioso Administrativo adoptado por el Decreto Extraordinario 01 de 1984, a saber:

a) *El artículo 130* que hoy consagra el recurso extraordinario de súplica contra autos interlocutorios y sentencias proferidas por las secciones, por incorporación ordenada en el art. 21 del Decreto 2304 de 1989 (octubre 7).

b) *el artículo 182*, sobre recurso de queja cuando se niega uno de los extraordinarios y anteriormente interpretado con el criterio de que la efectividad de la técnica del recurso de queja atribuye competencia a la Sala Plena Contenciosa para decidir sobre la procedencia del recurso negado por una Sección y

c) el artículo 231 en la forma como fue modificado por el artículo 6° de la Ley 14 de 1988 que excluye las sentencias de la Sección Quinta de recursos ante la Sala Plena.

La circunstancia de que estas normas forman parte de un mismo contexto influye en la interpretación que debe dárseles, según el art. 30 del C.C., o sea, "de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía" criterio con el cual pueden obtenerse las siguientes conclusiones:

a) la consagración del recurso extraordinario de súplica en el art. 130 es de carácter general para las providencias allí indicadas.

b) la posibilidad del recurso de queja en caso de negación de aquel que hace el art. 182, implica asignación de competencia a la Sala Plena Contenciosa para decidir en definitiva si la negativa de la Sección estuvo o no ajustada a derecho.

c) la prohibición de recursos ante la Sala Plena contra las sentencias de la Sección Quinta consagrada en el art. 231, prevalece por su especialidad sobre la autorización general o anterior del artículo 130, al recurso de súplica. Y aún en el supuesto de que se aceptara igualdad de estas normas en razón de su especialidad, prevalece el 231 por ser de numeración posterior (conforme a la regla 2a. art. 45 Ley 153/87, art. 10 C.C.).

No comparte la Sala la tesis de la derogatoria por normas anteriores al Decreto 2304/89, sustentada en que se trata de disposición posterior en el tiempo y con apoyo en los criterios consagrados en los artículos 3° y 40 de la Ley 153 de 1887. La razón para no aceptarla es que el artículo 21 del citado

Decreto 2304 de 1989 modificó solo parcialmente y no totalmente al Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) entre otros aspectos, para incorporarle el recurso de súplica como extraordinario, obviamente a partir de su vigencia y no como ley independiente y especial, sino como parte integrante del mismo.

Esto se deduce de la lectura completa del artículo 21 que se inicia diciendo: "*el artículo 130 quedará así:...*" (subraya la Sala). Se trata pues, de una modificación al Código en su artículo 130 que rige a partir de su publicación (octubre 7/89).

Además no hay incompatibilidad con el artículo 231 porque la competencia de la Sala Plena para conocer de dicho recurso de manera general, no se acaba por la excepción hecha respecto a las sentencias de la Sección Quinta. No se trata de una incompatibilidad de normas (fenómeno que causa la derogatoria tácita) sino sencillamente de una excepción. Así como el Legislador es soberano para prescribir las reglas, también lo es para consagrar las excepciones. No puede confundirse este producto del libre ejercicio de la función legislativa con otros fenómenos que surgen en la interpretación de las disposiciones cuando éstas son oscuras o incongruentes.

Finalmente se concluye además, que en sentir de la Sala de Prohibición de Recursos Extraordinarios contra la Sentencia de la Sección Quinta se extiende a los autos interlocutorios, máxime cuando se trata de providencias que pueden estimarse integradas a ella como la que decide sobre una aclaración o una nulidad incurrida en la sentencia. Si se permitiera esta clase de recursos contra los autos, se burlaría la ley que los prohíbe contra la sentencia. Todo ello en consideración a la pronta decisión y firmeza que ha buscado el legislador en las contiendas electorales.

Por las razones expuestas la Sala encuentra que la actuación de la Sección Quinta estuvo ajustada a derecho y por ello habrá de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

**RESUELVE:**

Declárase que fueron bien denegados los recursos extraordinarios de súplica contra las providencias de la Sección Quinta de que tratan estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sección de Origen, Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

*Antonio J. De Irisarri Restrepo*, Presidente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, Salva voto; *Jaime Abella Zarate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Benavides Melo, Carlos Betancur Jaramillo*, Salva Voto; *Samuel Buitrago Hurtado*, Salva voto; *Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo De Greiff Restrepo, Clara Forero De Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta*, Salva Voto.

*Nubia González Cerón*, Secretaria.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA** - Trámite (Salvamento de voto)

**La Corporación ha aceptado que es de recibo la práctica que lleva a los profesionales del derecho a presentar el escrito del recurso en la Secretaría de la Sala o Sección, la que se limita a remitirlo a la Secretaría General, mediante auto de cúmplase, para todos los efectos de ley, sin que los integrantes de la misma se ocupen de definir si el recurso es admisible o no, examen que tampoco hace el Consejero conductor de la actuación en el momento en que recibe el informativo. El estudio de fondo y de forma solo lo hace éste cuando entre a pergeñar el fallo que somete a consideración de la Sala.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-* Bogotá. D.E. enero veintiseis (26) de mil novecientos noventa (1990).

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DE LOS DOCTORES JULIO CESAR URIBE ACOSTA,**
**REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER**
**Y SAMUEL BUITRAGO HURTADO**

Con toda consideración nos separamos del criterio mayoritario de la Sala Plena, en el manejo de la perspectiva jurídica que le permitió definir el presente conflicto de intereses.

La valoración jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso que consideramos ajustada a la ley y al Derecho, se recoge en la ponencia presentada por el Consejero Dr. Uribe Acosta y que no fue aceptada por la mayoría de la Corporación, la cual estaba concebida dentro del siguiente marco:

"A. Cuando se profirió por la Sala Electoral el auto calendado el día veintiseis (26) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), ya estaba en vigencia el decreto No. 2304 de esos mismos mes y año, por medio del cual se introdujeron algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo, entre ellas la que se recoge en el artículo 21 de la nueva normatividad, que a la letra reza:

> "ARTICULO 21. El artículo 130 del Código Contencioso Administrativo quedará así:
>
> "ARTICULO 130. RECURSOS EXTRAORDINARIOS Y ASUNTOS REMITIDOS POR LAS SECCIONES. Habrá recurso de súplica, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluidos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las Secciones, cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.
>
> "En el escrito en que se interponga el recurso se indicará, en forma precisa, la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o de la sentencia.
>
> "La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocerá del recurso extraordinario de revisión, excluidos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra las sentencias dictadas por las Secciones.
>
> "Las secciones conocerán del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de única instancia proferida por los tribunales.
>
> "A la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo le corresponde decidir los asuntos que le remitan las Secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social, si por estimar fundado el motivo, resuelve asumir competencia".

B) En estrecha armonía con lo preceptuado en la hipótesis normativa que se deja transcrita, el artículo 182 del Decreto 01 de 1984, dispone:

> "QUEJA. Para los efectos de este recurso se aplicará, en lo pertinente, lo que disponen los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil. *ESTE RECURSO PROCEDERA IGUALMENTE CUANDO DENIEGUEN LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS PREVISTOS EN ESTE CODIGO*". (Subrayado de la Sala).

C) Ni cuando el legislador expidió la Ley 11 de 13 de enero de 1975, que por primera vez consagró el recurso extraordinario de Súplica para ante la Sala Plena del Consejo de Estado, ni en el decreto 2304 de siete (7) de octubre de mil

novecientos ochenta y nueve (1989), que lo incorporó en forma armónica dentro de los recursos extraordinarios que se enlistan en el artículo 130 del Decreto 01 de 1984, se precisó nada para indicar a quién se le debía dirigir el escrito en que se interpone y sustenta, situación que no registra respecto del de REVISION, que se maneja con la filosofía de una acción nueva, motivo por el cual el artículo 189 del C.A.A. exige que el escrito llene las mismas formalidades de toda demanda (art. 137 C.C.A). Tampoco hubo vacío, mientras estuvo vigente el recurso de ANULACION, pues el artículo 198 del Decreto 01 de 1984 expresamente establecía que el escrito debía dirigirse al Presidente de la Sala Plena, pudiéndose presentar el mismo en la Secretaría de la Sección o en la del Tribunal.

La realidad anterior explica bien el alcance de todas las dificultades que desde 1975 a hoy se han venido presentando en la tramitación y definición del recurso de SUPLICA, las cuales suben de tono si se tiene en cuenta que es el único medio de IMPUGNACION EXTRAORDINARIA que procede contra AUTOS Y SENTENCIAS que no estén en firme, por acoger en ellos doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

D) La circunstancia destacada ha llevado a ésta Sala a hacer algunas precisiones sobre la tramitación y alcance del mismo, fijando pautas que se orientan a llenar los espacios intersticiales dejados por la legislación, lo cual no resulta en puridad de verdad muy ortodoxo, pues siendo los recursos garantías de que gozan las personas vinculadas en la relación procesal, para mantener en todo momento el control de la legalidad, y en algunos casos de la justicia (recurso de revisión), no debería presentarse la necesidad de poner en marcha la actividad creadora del juez, al aplicar el derecho positivo al caso concreto, pues a través de ella se puede generar, en esta materia, inseguridad jurídica.

Dentro de la anterior perspectiva de manejo, la Corporación ha aceptado que es de recibo la práctica que lleva a los profesionales del derecho a presentar el escrito del recurso en la Secretaría de la Sala o Sección, la que se limita a remitirlo a la Secretaría General, mediante auto de Cúmplase, para todos los efectos de ley, sin que los integrantes de la misma se ocupen de definir si el recurso es admisible o nó, examen que tampoco hace el Consejero conductor de la actuación en el momento en que recibe el informativo. El estudio de fondo y de forma sólo lo hace éste cuando entre a pergeñar el fallo que someté a consideración de la Sala. Esta conducta procesal encontró respaldo jurídico en lo dispuesto para el recurso de anulación en el artículo 198 del C.C.A., hoy derogado, y se alimenta también con la filosofía que informa la tramitación del de REVISION.

Con lo anterior no se quiere significar que se esté frente a una verdad jurídica incontrovertible e incuestionable, pues siempre será posible hacer distinciones y

separaciones de fondo, para los eventos en que lo que se maneja es un RECURSO, y para aquellos en que se está frente a una ACCION QUE INAUGURA UN NUEVO PROCESO, pero la Sala no considera conveniente ni necesario hacer ahora ningún cambio en la práctica tradicional que ha puesto en marcha para sustanciarlo. Esto explica que no haga suya la perspectiva que manejó la SECCION QUINTA de la Corporación, al proferir el auto de veintiseis (26) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989). Esta realidad la lleva a concluir que esa providencia no la ata, no la vincula, por lo cual dispondrá que se surtan los recursos de súplica, con las copias que han servido para tramitar el de QUEJA, las cuales considera suficientes para tomar la decisión correspondiente.

E) La Sala estima conveniente y de interés, dejar muy en claro que al tomar la decisión que se recoge en la parte resolutiva de éste proveído, no está definiendo si los recursos de súplica son procedentes o no; si el artículo 6° de la Ley 14 de 1988 fue o no sustituido en todo su alcance por el artículo 21 del Decreto No. 2304 de 1989, que creó nuevas facetas de complejidad y duda; si el gobierno nacional, en uso de las atribuciones que le confirió la Ley 30 de 1987 podía legislar en un sentido u en otro; si se registran o no antinomias en el ordenamiento positivo que regula la materia electoral, etc, etc, pues todos estos aspectos deben ser estudiados cuidadosamente en el momento de proferir la decisión de fondo. La complejidad que presentan los distintos aspectos controvertidos, y las serias dudas que afloran en el manejo de las distintas perspectivas de estudio y definición, determinan a la Sala a dar un mejor manejo amplio al caso, convencida como está de la importancia que para todos los ciudadanos tiene una efectiva tutela jurisdiccional. Por ello el profesor Jesús González Pérez, en su obra, "El Derecho a la Tutela Jurisdiccional", enseña:

> "La justa paz de la comunidad únicamente es posible en la medida en que el Estado es capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones que ante el mismo se formulan...De aquí la importancia de una efectiva tutela jurisdiccional, de que todo aquel que cree tener derecho a algo pueda acudir a un órgano estatal que le atienda, verificando su razón y, en su caso, haciendo efectivo el derecho" (Cuadernos Civitas, p. 22).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

**RESUELVE:**

Estímase que la SECCION QUINTA DE LA CORPORACION denegó, sin poder jurídico para ello, los recursos de súplica interpuestos por la parte demandada y a los cuales se hace referencia en el auto calendado el día veintiseis (26) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989). En consecuencia:

**DISPONE:**

Ejecutoriada la presente providencia y con apoyo en las copias que han servido para decidir el Recurso de Queja, tramítense los recursos de súplica interpuestos por la parte demandada, los cuales se enlistan en el proveido impugnado.

Finalmente, queremos dejar en claro que la filosofía que se recoge en la literatura anterior se orienta a mantener la fuerza gravitacional del precedente, pues no encontramos buenas razones para cambiar la tramitación tradicional que en el Consejo de Estado se le ha dado al recurso de súplica. Decidir el caso dentro de éste marco era sencillo. No tratar lo semejante de manera semejante, era darle una connotación difícil, que podría ser calificada como contraria a la equidad. Esta posibilidad es la que lleva a algunos tratadistas a enseñar: "un precedente es la constatación de una decisión política previa; el hecho mismo de esa decisión, como hecho de la historia política, ofrece alguna razón para decidir otros casos de manera similar en el futuro". (Los derechos en Serio. Ronald Dworkin. Ariel Derecho, p. 185).

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

**RECURSOS ORDINARIOS** - Trámite/ **RECURSOS EXTRAORDINARIOS** - Trámite/ **RECURSOS EXTRAORDINARIOS DE SUPLICA** - Trámite (Salvamento de voto)

**La ley procesal regula el trámite de los recursos de manera diferente y completa disponiendo en unos (tal los casos de la apelación y casación) la concesión o el rechazo por el juez que dictó la providencia recurrida y su inadmisión por el competente para decidir; regulando en otros (reposición, súplica ordinaria y queja) un trámite más expedito, sin exigir la concesión expresa ni la admisión previa por el competente para decidirlo; previendo en los de revisión y anulación extraordinarios solo la admisión por el juez competente para decidir, tal como se observa en la revisión del C.P.C. en su artículo 383 y en la del proceso administrativo en su art. 190 y para la anulación en el 204 del C.C.A. e imponiendo una sola decisión en el de súplica extraordinaria, sin concesión por el que dictó la providencia ni admisión previa por el competente y lo que es más, sin trámite previo.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-* Bogotá, D.E., febrero seis (6) de mil novecientos noventa (1990).

**SALVAMENTO DE VOTO**
**CARLOS BETANCUR JARAMILLO**

Referencia: Expediente 001 Electoral Actor: Jaime Pumarejo Certain.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena Contenciosa el día 23 de enero de 1990.

Estimo que debieron concederse los recursos de súplica interpuestos dentro del proceso de la referencia contra los proveidos dictado por la Sección V de la Corporación.

Fundo mi discrepancia en la interpretación que la misma Sala Plena le dió desde un principio a la Ley 11 de 1975, creadora del recurso extraordinario de súplica. Interpretación que fue uniforme y reiterada durante quince años, en el sentido de que a la Sección falladora nada le competía dentro de ese recurso y menos la decisión sobre la admisión o rechazo del mismo. Se dijo desde entonces que a ésta simplemente le tocaba pasar el expediente a la Sala Plena, para que ésta tramitara en su integridad el aludido recurso.

En este sentido, la Plena no sólo era competente para calificar la procedencia procesal del recurso, sino que lo era para su estudio de fondo.

En parte alguna señala la Ley 11 ni el Decreto 2304 de 1989, que la Sección falladora deberá conceder o denegar el recurso de súplica.

Cuando la ley quiere, en materia de recursos ordinarios o extraordinarios, que el funcionario o la sala que profirió la providencia sea el competente para conceder o denegar el recurso, así lo dispone expresamente. Aquí no hay analogías posibles y no es cierto que en todos los casos el que dicta el proveído sea el que conceda o deniegue los recursos que se interpongan contra él. En otras palabras, la ley procesal regula el trámite de los recursos de manera diferente y completa disponiendo en unos (tal los casos de la apelación y la casación) la concesión o el rechazo por el juez que dictó la providencia recurrida y su admisión o inadmisión por el competente para decidir; regulando en otros (reposición, súplica ordinaria y queja) un trámite más expedito, sin exigir la concesión expresa ni la admisión previa por el competente para decidirlo; previendo en los de revisión y anulación extraordinarios sólo la admisión por el juez competente para decidir, tal como se observa en la revisión del C. de P.C. en su artículo 383 y en la del proceso administrativo en su artículo 190; y para la anulación en el artículo 204 del C.C.A., e imponiendo una sola decisión en el de súplica extraordinaria, sin concesión por el que dictó la providencia ni admisión previa por el competente y lo que es más, sin trámite previo.

Para corroborar lo dicho, baste observar los distintos recursos que se regulan en los Códigos de Procedimiento Civil y Contencioso Administrativo. Así, en ese orden, se observa:

Código de Procedimiento Civil. El recurso de apelación tiene que conce-derse expresamente por el inferior, quien es el autor de la providencia recurrida (artículos 354 y 356): y será admitido por el superior (artículos 359

y 360). El recurso ordinario de súplica no se concede por el magistrado que dictó el auto suplicado (artículos 363 y 364), sino que se formula ante la Sala de Decisión de quien lo dictó, la que tampoco lo admite expresamente al iniciar su trámite.

El recurso de casación deberá concederse o denegarse expresamente por el Tribunal autor de la sentencia o por el juez de circuito, en el caso de la "*per saltum*" (artículos 367 y 370); y deberá admitirse por la Corte (artículo 372).

El recurso extraordinario de revisión contra una sentencia de la Corte o de un Tribunal superior no lo concede o deniega la Sala de aquella o de este Tribunal, como tampoco sucede cuando es el Tribunal el que revisa la sentencia de un juez (artículos 379 y siguientes); y lo admitirá o rechazará el competente para decidirlo.

El recurso de queja tampoco se concede o deniega por el inferior. Baste saber que se interpone ante el superior (artículo 377) y que éste ni siquiera lo admitirá previamente.

El recurso de reposición tampoco tiene admisión previa (artículo 349).

En el proceso Contencioso Administrativo se observa algo similar. No exige la ley que el extraordinario de revisión se conceda o deniegue por el Tribunal o la Sección del Consejo que profirió la sentencia. No, el artículo 130 del Decreto 01 de 1984 le da competencia a la Sala Plena para su conocimiento, en forma similar como lo dispone para el del mismo nombre que se tramita ante la justicia ordinaria. El Tribunal o la Sección que dictó la providencia objeto del recurso no tiene más papel que el de remitir el expediente a la Sala Plena tan pronto ésta lo pida, así como sucede en la mencionada jurisdicción ordinaria por mandato expreso del artículo 54 de la Ley 2a. de 1984.

En el de anulación (194 y siguientes) sucedia algo similar, pero en forma más técnica. Aquí tampoco el Tribunal o la Sección que dictó la sentencia recurrida tenían competencia para conceder o denegar el recurso, se afirma esto porque no lo ordena así la ley y por una potísima razón: Si el escrito de interposición del recurso debía dirigirse al Presidente de la Sala Plena (artículo 198), cómo podía el interior, el Tribunal que dictó la sentencia a la Sección, decidir sobre su concesión o no?

Sobre los recursos ordinarios (artículos 180 y siguientes) sobra hacer nueva reflexión, ya que siguen en su trámite, en términos generales, la normatividad del C. de P.C.

Frente al extraordinario de súplica sucede similar. La Sección que dictó el fallo o el auto suplicado, nada podrá decidir en relación con el recurso interpuesto. La competencia, para todos los efectos (trámite y decisión), será exclusiva de la Sala Plena.

Por mas esfuerzos que se hagan no puede otorgarse competencia a las secciones por analogía o por lo que debiera ser, según opinión de otros. La competencia jurisdiccional es de derecho estricto. Aquí, como sucede con el de revisión y sucedía con el de anulación, la sección que dictó la providencia recurrida no hace otra cosa que remitir el expediente al competente. Así lo quiso el legislador y al darle la competencia a la plena contenciosa se la dió en toda su extensión y para todos los efectos: trámite y decisión y para el caso de prosperidad, poderes de juez de instancia.

No es afortunado el cambio jurisprudencial propuesto por la mayoría, lo digo con todo respeto. Y esta competencia no la puede dar el artículo 182 del C.C.A., porque, en primer término, la norma se refiere a la denegación de los recursos extraordinarios "previstos en este código" y entre éstos no estaba el de súplica de la Ley 11, ya que expresamente había sido derogado por el artículo 268 de aquel y la inexequibilidad parcial de éste lo revivió, pero no lo hizo recurso del código, como es obvio, porque su reviviscencia toca con la Ley 11 de 1979 y no con el Decreto 01 de 1984. en segundo, porque consultando la historia de la norma ese artículo 182 se redactó con la idea de que los de anulación y revisión tendrían concesión previa por los organismos que habían dictado las providencias, extremo que no quedó contemplado. En tercer lugar, como si lo anterior no fuera suficiente, puede afirmarse que la regulación especial que contempla el código para los recursos de anulación y revisión derogó tácitamente la parte final de ese artículo 182, precisamente porque, en dicha regulación no se le dió competencia al organismo que dictó la providencia recurrida para conceder o denegar el recurso propuesto.

Es apenas obvio que si el tribunal o la sección que dictó la sentencia no pueden denegar el recurso, no podrá darse, por sustracción de materia; el recurso de queja que tiene como supuesto esa negaiva.

Igual reflexión cabe hacer en relación con el de súplica extraordinaria, que no exige concesión por el autor de la providencia, ni admisión por la Sala Plena Competente para decidirlo y ni siquiera trámite previo, porque su decisión será de plano.

La tesis mayoritaria le da un alcance inadmisible al artículo 182 del Código Administrativo, creador de un trámite procesal que no existe en la regulación de ninguno de los recursos extraordinarios propios de este código.

La circunstancia anotada permite concluir que racionalmente ese artículo 182, en su extremo final, se quedó sin operancia alguna, porque no habrá posibilidad de que un tribunal o una sección puedan dictar una providencia denegatoria de uno de esos recursos extraordinarios. Si lo hacen estarán creando un trámite que no existe. La especialidad propia de las normas que regulan los recursos; la posteridad de esta normatividad en relación con ese artículo 182 así se esté dentro del mismo código; y la incompatibilidad entre este artículo 182 y lo que manda el trámite de los recursos; permiten inferir la derogatoria tácita de esta disposición.

Para terminar, no puede pensarse que el fenómeno es al contrario, o sea, como se infiere de la decisión de la Sala, que el artículo 182, al hablar de que contra el auto que deniega un recurso extraordinario procederá el recurso de queja, está creando dentro del trámite de esos recursos extraordinarios un auto de concesión o de rechazo que la ley no previó.

En suma. Debió la Sección V abstenerse de decidir sobre la concesión del recurso de súplica. No tenía competencia y el legislador no se la dió ni se la ha dado.

Ni siquiera podía hacerlo partiendo del supuesto de que contra sus providencias no cabía recurso alguno. En esto estoy de acuerdo con la mayoría. La no procedencia de recursos para ante la Sala Plena contra la providencia de la Sección V es absoluta. La Ley Electoral en esto es especial y el Decreto 2304 de 1989, al modificar el texto del artículo 130 del C.C.A., no le dió esa competencia.

Atentamente,

*Carlos Betancur Jaramillo.*

**VIA GUBERNATIVA** - Agotamiento/ **JUICIO DE IMPUESTOS/ PAGO PREVIO/ CESION DE CREDITOS/ COMPENSACION**

**La inadmisión del recurso gubernativo no implica de manera general y automática que no hubo agotamiento de la vía gubernativa, si como en el caso que se resuelve, se plantea en primer lugar la petición de considerar que se había cumplido con el requisito del pago previo, y en consecuencia que fue ilegal el rechazo que hizo la administración.**

**La Sala considera que en casos como el de que trata este proceso lo que se presentaba era una cesión de crédito, seguida del modo de extinción de las obligaciones llamado compensación.**

**DECLARACION TRIBUTARIA** - Extemporaneidad

**A partir de 1982 ya no fue posible interpretar que quienes no presenten declaración bimestral, debiendo hacerlo, se podía entender que renunciaban al derecho a obtener devoluciones y por consiguiente, desde ese momento (1982) ya no se pudo optar por uno u otro sistema (declaración bimestral o declaración anual). Antes de ese año la regla general, en materia de obligación de presentar declaración era la bianual o semestral y, por excepción, debía ser por bimestres cuando se trataba de productores de artículos exentos, de comerciantes exportadores no responsables o de estas mismas personas que tuvieran resolución del director General de Impuestos autorizándolos para pedir devoluciones.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*- Bogotá, D.E., treinta (30) de enero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Rad. No. S-105. Actor: Bayer Químicas Unidas S.A. Empate de la Sección Cuarta. Fallo.

Se desata el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia del 7 de octubre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se inhibió para fallar en el fondo el caso debatido.

Esta ponencia correspondió al Consejero arriba mencionado por haberse presentado un empate en relación con la inicial elaborada por el H. Consejero Dr. Chahín Lizcano en la Sección Cuarta y no haber sido aprobada por la Sala Plena la que dió origen al citado empate.

De dicha ponencia inicial se toman prestados los apartes introductorios que a continuación se transcriben:

## LA SENTENCIA APELADA

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió el fallo de la referencia en sentido inhibitorio habida cuenta de que consideró que la actora no había agotado en debida forma la vía gubernativa puesto que el recurso de reconsideración que interpuso contra los actos de liquidación de revisión fue inadmitido por la Administración, al estimar que no se acreditó el pago previo de la liquidación privada.

"En el expediente obran los documentos de notificación de la liquidación de revisión (fol. 94) donde se informan los requisitos para la interposición del recurso de reconsideración, entre ellos el del pago previo de la liquidación privada, el memorial de interposición del recurso (fol. 99) en el cual puede leerse lo siguiente:

'DEL PAGO DE LA PRIVADA POR TRASLADO O COMPENSACION:

'Mediante concepto singularizado expedido por la Dirección General de Impuestos Nacionales, editado además por la Sección de Publicaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público bajo el Título de CONCEPTOS TRIBUTARIOS 1977-1980'. La Dirección General de Impuestos Nacio-nales respondió al contribuyente BAYER DE COLOMBIA S.A., reconociendo que los sobrantes en favor de un contribuyente pueden trasladarse o aplicarse en favor de un tercer deudor ante esa misma administración, previo el cumplimiento de los trámites allí mismo previstos.

'Ahora bien: en cumplimiento de tales formalidades se adjunta a la presente fotocopia autenticada de la solicitud de traslado que en su debida oportunidad formulara la compañía BAYER DE COLOMBIA S.A. para que los saldos por impoventas a su favor, se trasladasen a BAYER QUIMICAS UNIDAS

S.A., y en particular la aplicación para el pago del IV bimestre de 1980, cuya liquidación aquí se recurre.

'Acreditamos por este medio el cumplimiento de lo dispuesto por el Literal b) del art. 54 L. 52/77, respecto al pago de la privada como requisito para la aceptación del recurso de reconsideración. 'Y finalmente, el auto por medio del cual la Administración de Impuestos de Bogotá inadmitió el recurso por cuanto no se acredita el pago de la liquidación privada (fol. 101). Dicho auto explica que si bien es cierto el contribuyente anexa fotocopias de la solicitud de Bayer de Colombia S.A'., para que sus sobrantes de impoventas sean aplicadas a Bayer Químicas Unidas S.A., no adjunta certificación de que dicha aplicación se haya hecho efectiva a favor del contribuyente antes citado'.

## APELACION DE LA SENTENCIA

"Se sustenta en el argumento de que la contribuyente adelantó los trámites necesarios para que se le cancelaran sus obligaciones pendientes mediante el sistema de compensación y que por tanto, el pago quedaba demostrado con la adjudicación de los documentos que planteaban el pago por dicho sistema.

"Alega el memorialista que existe arbitrariedad en la administración y se pregunta 'qué puede hacer el contribuyente cuando sólo bastaría la certificación de la Administración de impuestos de que este bimestre fue cancelado de sobra y la Administración no ha querido hacer el traslado'?

## LA VISTA FISCAL

"La señora Fiscal Sexto del Consejo de Estado, luego de hacer un análisis de los llamados presupuestos procesales en materia tributaria y de verificar si ellos fueron o nó cumplidos por la actora, concluye que existió un indebido agotamiento de vía gubernativa generado por no haberse acreditado en la forma legal el pago previo de la liquidación privada. Afirma la señora Fiscal que si bien se comprobó que se tramitaba el pago por compensación, en la fecha de interposición del recurso de reconsideración no se había ordenado por la Administración la correspondiente aplicación de impuestos a favor de Bayer Químicas Unidas S.A., con base en los saldos crédito determinados a Bayer de Colombia S.A.

"Por lo anterior conceptúa que el fallo de instancia se confirme".

## LA SALA CONSIDERA:

1. La realidad procesal muestra que cuando se interpuso por la vía gubernativa el recurso de reconsideración que resultó inadmitido (junio 17, 1983, fls. 95 a 107), la Sociedad Bayer de Colombia S.A., había cedido a la reclamante Bayer Químicas Unidas S.A., saldos a favor de la primera, reconocidos por varias resoluciones de la administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por un valor total en ese momento de $ 43.079.475.

El recurso inadmitido se refería a la liquidación de Revisión No. 000496 de abril 20 de 1985, por concepto de impuestos de ventas correspondientes al IV bimestre de 1980, practicada a Bayer Químicas Unidas S.A., y cuyo mayor valor en ella fue de $ 1.987.691.

2. La Sociedad acreedora de aquellos saldos, Bayer de Colombia S.A., consultó a la Dirección General de Impuestos Nacionales, desde el 27 de junio de 1980 (fls. 4 a 6 C. 1) sobre la viabilidad y forma de efectuar dicha cesión de créditos, a efectos de que una vez realizada, Bayer Químicas Unidas S.A., pudiera compensar con dichos saldos cualquier deuda tributaria a su cargo.

3. La Dirección General de Impuestos Nacionales-Subdirección Jurídica respondió dicha consulta con oficio No. S.D.J.- 14348 de fecha 12 de agosto de 1980 en sentido afirmativo e indicando el procedimiento que la sociedad cedente debía seguir. (Fls. 7 y 8, C, 1).

4. Con memorial de 24 de noviembre de 1980 dirigido a la administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, División de Recursos Tributarios, recibido por ésta el 5 de diciembre del mismo año (fls. 654 a 75, C, 1), Bayer de Colombia S.A., renunció al reconocimiento de créditos a su favor de $21.809.928, para que en su lugar se autorizara la aplicación de ellos en favor de Bayer Químicas Unidas S.A.

Este memorial fue acompañado de otro similar, suscrito por las dos sociedades, la cedente (Bayer de Colombia S.A.) y la cesionaria (Bayer Químicas Unidas S.A.), dirigido a la Sección de Auditoría interna de Impuestos sobre las Ventas, de la misma Administración comunicándole la citada cesión (fls. 72 a 75, C.1).

5. Posteriormente con memoriales recibidos por la Administración los días 10 y 17 de noviembre de 1981 (fls. 76 a 86, C.1) se siguió el mismo procedimiento, en relación con saldos a favor de la misma cedente por valor de $21.259.907.

6. Con lo anterior, las sociedades interesadas dieron cumplimiento total, en lo que a ellas correspondía, a los trámites que debían seguir de acuerdo con lo

indicado por la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, para efectos de la cesión de los créditos tributarios existentes a favor de Bayer de Colombia S.A. y cedidos, entonces, a Bayer Químicas Unidas S.A.

Son tres los principales temas que se debaten en este proceso, a saber: a) lo que debe entenderse por agotamiento de la vía gubernativa en el juicio contencioso de impuestos cuando se inadmite el recurso gubernativo; b) el pago de impuestos mediante las figuras de la cesión de créditos tributarios y de compensación y c) la oportunidad para presentar declaración de impuesto a las ventas y la correlativa sanción por extemporaneidad, que la Sala procede a resolver previas las siguientes consideraciones:

***I. El agotamiento de la via gubernativa en el juicio contencioso de impuestos.***

La ley ha regulado en forma minuciosa el tema de la interposición, trámite y solución de los recursos que por la vía gubernativa proceden contra los actos de liquidación de impuestos de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales. La interposición está sometida básicamente a los requisitos de presentación personal del escrito con expresión de los motivos de inconformidad, dentro de la oportunidad legal de 2 meses, acreditando la personería y el cumplimiento del requisito conocido como "pago previo", consistente este último en que "se acredite el pago de la liquidación privada mediante recibo o por comprobación interna, o el pago de la liquidación para recurrir, cuando haya aceptación de mayores valores determinados en la liquidación oficial". (Decreto Ley 3803/82, art. 31 y Ley 9a./83 art. 77).

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos puede discutirse mediante un incidente previo que puede culminar en la aceptación para su estudio de fondo o en la inadmisión y en este último evento dispone el art., 30 del Decreto 3803/82 (inciso final) que "si la providencia confirma el auto que no admite el recurso, la vía gubernativa se agotará en el momento de su notificación".

Significa lo anterior que en los casos de inadmisión del recurso administrativo la acción contenciosa tributaria de restablecimiento del derecho, tiene por objeto primordial despejar si tal inadmisión fue legal, caso en el cual se confirma la inadmisión o si por el contrario, al demostrar su ilegalidad, se revoca y queda abierto el camino para entrar a estudiar los aspectos de fondo de la inconformidad contra la liquidación.

La inadmisión del recurso gubernativo no implica de manera general y automática que no hubo agotamiento de la vía gubernativa, si como en el caso que se resuelve, se plantea en primer lugar la petición de considerar que se había cumplido con el requisito del "pago previo" (en la forma como más adelante se

indicará) y en consecuencia que fue ilegal el rechazo que hizo la Administración y sostuvo el Tribunal.

Es necesario pues examinar si se cumplió o no con el citado requisito y esta es la materia del segundo punto.

II. ***La cesión de créditos tributarios y la compensación como medio para pagar impuestos***

Para la época en que fue presentado e inadmitido el recurso a que se refiere estas diligencias no había regulación legal ni administrativa sobre la posibilidad de que un contribuyente cediera los saldos a su favor para cancelar las obligaciones fiscales de otro, salvo lo que para el caso particular de la demandante había expresado la Subdirección Jurídica en el Oficio No. S.D.J. –14348 de 1980, sobre la viabilidad y forma de efectuar la cesión de créditos a favor de una compañía (Bayer de Colombia S.A.) a efectos de que, una vez realizada, la reclamante (Bayer Químicas Unidas S.A.) pudiera compensar con tales saldos a cualquier deuda tributaria a su cargo.

La operación realizada por las dos compañías se presentó y sometió en las oficinas de la Administración de Impuestos a todos los trámites y requisitos prescritos por la Subdirección, de donde "el pago de la liquidación privada", como requisito para aceptar el reclamo, podía darse por satisfecho.

Como este es el punto central de la controversia, la Sala se detiene para ampliar sus consideraciones, con las siguientes:

1. La Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales en su citado concepto enfocó el fenómeno jurídico consistente en la cesión de créditos de un contribuyente a otro, con el objeto de que si el cesionario tiene créditos tributarios a su cargo éstos se cancelan hasta concurrencia de los saldos, como pago de una deuda por un tercero, lo que está autorizado por el artículo 1630 del Código Civil y habló que en el caso concreto de la consulta de Bayer de Colombia S.A., lo que se podría producir era una novación por la sustitución de un nuevo deudor al antiguo, tal como lo prevé el ordinal $3^{o}$ del artículo 1690 ibídem, lo cual también puede ocurrir sin el consentimiento del deudor, según el inciso final de este mismo artículo.

Todo lo anterior llevó a la Administración a afirmar que no existiendo dentro del procedimiento tributario disposición legal que prohiba la aplicación de un crédito existente por impuestos de un contribuyente al saldo a cargo del otro contribuyente, las normas citadas del Código Civil permitían que ello se pudiera hacer.

2. La Sala considera que en casos como el de que trata este proceso lo que se presentaba era una "cesión de crédito" seguida del modo de extinción de las obligaciones llamado "compensación", pues en estricto derecho no es que Bayer de Colombia S.A., hubiera pagado las deudas tributarias a cargo de Bayer Químicas Unidas S.A., ya que la primera no pretendió solucionar los créditos que la segunda tenía con el Fisco Nacional, sino precisamente que los saldos créditos a su favor se tuvieran como de Bayer Químicas Unidas S.A., que es exactamente el resultado de la cesión de créditos, en cuya virtud el acreedor es sustituido por el acreedor cesionario. En seguida, que el producido de dicho crédito se imputara o abonara al saldo de la compañía deudora del Fisco Nacional, Bayer Químicas Unidas S.A., imputación o abono que por verificarse en favor de la misma persona (el Fisco Nacional) acreedora y deudora del cesionario, producía el fenómeno de la compensación.

3. El Código Civil no define qué es la cesión de créditos, pero de la regulación contenida en el Título XXV del Libro Cuarto, puede deducirse que es el traspaso que el acreedor denominado cedente, hace de su derecho a un tercero quien se denomina cesionario, el cual pasa a ocupar el puesto del primero y a quien el deudor debe pagarle el crédito cedido.

La cesión requiere de la entrega del título por el cedente al cesionario para que tenga efectos entre éstos (art. 33, Ley 57 de 1887) y de la notificación al deudor, para que tenga efectos frente a éste o a terceros (art. 1960 C.C.). La notificación se hace con exhibición del título que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente (art. 1961 C.C.); uno de los objetos de la notificación es poner al deudor en conocimiento de la persona a quien debe pagar el crédito, es decir, a quien debe cumplir la obligación de que se trate. La entrega del título en el que conste el crédito por el cesionario al deudor tiene por objeto identificar qué se está cediendo, para que no haya duda sobre él y poder así realizar la notificación al deudor.

4. Todo lo anterior se cumplió en el caos *sub-judice*, donde el deudor era el mismo creador del título (las resoluciones que reconocen el derecho en favor del contribuyente); en la notificación que se hizo a aquél (el Fisco Nacional) se mencionaron tales resoluciones y el documento en donde se comunicaba la cesión fue firmado por cedente y cesionario. En consecuencia, no hay duda que se llenaron las formalidades prescritas por el Código Civil para que la cesión tuviera efecto entre cedente y cesionario y contra el deudor y terceros y aceptados previamente por la Subdirección Jurídica.

La compensación, atrás se dijo, es un modo de extinguir las obligaciones, que ocurre cuando dos personas son deudoras una de otra (art. 1714) y hace innecesario que se produzca un doble desembolso de valores. Sería inútil exigir

en este caso que el deudor –acreedor pagara al acreedor y deudor viceversa. Para que opere se requiere que ambas obligaciones tengan el mismo objeto, que ambas sean líquidas y que ambas sean actualmente exigibles (art. 1715) y, además, por definición, que las dos partes sean recíprocas deudoras (art. 1716).

En derecho civil, llenados los requisitos enumerados, la compensación se opera por *el solo ministerio de la ley* y aún sin conocimiento de los deudores, extinguiéndose ambas deudas hasta la concurrencia de sus valores (art. 1715).

También esto fue lo que tuvo que ocurrir en el proceso de que se trata: habiéndose convertido Bayer Químicas Unidas S.A. en acreedor del Fisco Nacional, por virtud de la cesión de los créditos, reconocidos expresamente por resoluciones administrativas dictadas por el mismo deudor, hecha por Bayer de Colombia S,A., y siendo aquél (el Fisco) acreedor a su vez del cesionario (Bayer Químicas Unidas S.A.,), tenía que producirse por ministerio de la ley, la compensación de las deudas recíprocas hasta concurrencia de sus valores ya que ambas eran de sumas líquidas de dinero.

Así las cosas, entonces, no podía la Administración como lo hizo en su Auto No. A-13093 de 28 de junio de 1983, negarse a admitir el citado recurso de reconsideración.

III. ***Oportunidad para presentar declaración - impuesto a las ventas y sanción por extemporaneidad***

Pretende la actora que se confirme la liquidación privada del impuesto a las ventas que presentó por el cuarto bimestre de 1980 y se revoque la liquidación No. 496 de abril 20/83 mediante la cual la Administración le impuso sanción por extemporaneidad de $ 1.987.691 por considerar que "la empresa tenía la obligación de declarar bimestralmente ya que tiene ventas exentas y es productor de materias primas relacionadas con el ramo químico como se desprende del objeto de la sociedad..."

Solicitó además, se confirmara la liquidación privada y se ordenara a la Administración ajustar y corregir el estado de cuenta conforme al fallo solicitado.

La sociedad actora rebate la indicada razón de la administración para imponer la sanción con los siguientes argumentos:

a. Las declaraciones bimestrales sólo debían presentarlas en el año de 1980 quienes tuvieran la condición de "agentes productores", y Bayer Químicas Unidas S.A., no tiene esta calidad.

b. El hecho que durante un bimestre y concretamente el cuarto de 1980, la empresa hubiere efectuado algunas ventas exentas del impuesto no la constituyó en "agente productor".

c. Bajo la legislación anterior al Decreto Legislativo 1988 de 1974, el contribuyente era quien decidia si presentaba declaraciones de ventas en períodos bimestrales o semestrales según que quisiera o no solicitar devoluciones del impuesto, por ventas exentas.

d. Expedido dicho decreto, que definió el hecho generador, el momento de causación del gravamen y precisó las obligaciones de los responsables del tributo y los derechos a la devolución en el caso de ventas exentas, "surgió el primer intento de establecer una condición regulada por la ley como requisito preliminar al decreto para la devolución tal como lo ordenó el art. 16 D.R. 1494/78, que diferenció los términos de presentación bimestral o semestral para la presentación de las declaraciones según tuviera derecho o no a la devolución".

e. "La presentación de la declaración de ventas por el sistema bimestral o semestral como criterio diferenciador e inicial del derecho a la devolución, ratificado por el Decreto 01/79, presentaba no obstante el inconveniente del tránsito de legislatura (sic). Particularmente en aquellos casos en los cuales el contribuyente venía cambiando uno u otro sistema con el pleno derecho dado que solo de manera excepcional y muy esporádicamente se le presentaba la oportunidad de reclamar devoluciones por Impoventas. Pues en tal evento, por razones de costos administrativos y de simple economía procesal, a pesar de tener raramente derecho a la devolución optaba por declarar semestralmente renunciando de manera tácita a la devolución".

La verdad de lo anterior, según el actor, la respaldan dos conceptos que cita de la Dirección General de Impuestos Nacionales, según los cuales "...5. la extemporaneidad líquidada sobre períodos bimestrales PARA LOS RESPONSABLES DEL SEGUNDO GRUPO ES IMPROCEDENTE Y DEBERA CORREGIRSE EL ERROR CON OCASION DE LA LIQUIDACION DE REVISION..." Ver: IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS, publicación oficial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, julio de 1982. pp. 253-254 (Destaca el libelista).

f. En 1982 se expidió el Decreto Reglamentario 1204, "mediante el cual sólo pueden presentar declaración bimestral los contribuyentes que expresamente sean autorizados por Resolución expedida de manera previa por el Director General de Impuestos Nacionales", de donde critica, entonces, que a Bayer Químicas Unidas se le hubiera practicado la liquidación oficial bimestral, motivo del recurso.

Así las cosas, se tiene,

Para el año de 1980, los responsables del impuesto sobre las ventas eran el productor, el importador, el que prestaba un servicio gravado, el que celebrara un contrato gravable de obra y quienes estuvieran económicamente vinculados a dichas personas (art. 10 D.L. 1988 de 1974) y por productor se entendía a quien agrega uno o varios procesos a las materias primas o mercancías así como quien, sin fabricar directamente, encarga la producción de un artículo para luego venderlo (art. 12 ib).

Los responsables del pago de impuesto estaban obligados, entre otros deberes, a presentar ante las correspondientes oficinas de Impuestos Nacionales una declaración periódica donde se relacionen las ventas efectuadas la liquidación privada del impuesto, pero el régimen relativo a la oportunidad para la presentación de tales declaraciones ha variado.

En efecto, para 1980 el régimen relativo a las declaraciones periódicas de ventas y las devoluciones del impuesto era el siguiente:

a. Los responsables del pago del impuesto (atrás se dijo quienes lo eran) tenían entre otras obligaciones, la de "presentar ante las correspondientes oficinas de Impuestos Nacionales una declaración periódica en donde relacionen las ventas efectuadas y demás datos exigidos por los reglamentos en donde se efectúe la liquidación privada del impuesto" (art. 12 D.L. 1498 de 1974).

b. Debían presentar declaración bimestral las siguientes personas:

1. Los productores de artículos exentos (aun cuando también produjeren bienes gravados). (Los bienes exentos fueron incluidos en 17 grupos y señalados en los artículos 8° del D.L. 1988/74 y 4° del D.L. 2368/74).

2. Los responsables del pago del impuesto que vendieran bienes con tarifa inferior a la de sus costos y gastos de producción, venta y administración y tuvieran Resolución del Director General de Impuestos autorizándolos para pedir la devolución del impuesto en la misma forma como lo hacen los productores de bienes exentos.

Los productores de bienes exentos podían pedir y obtener la devolución del impuesto presentando la solicitud (de devolución) simultáneamente con la Declaración de Venta con los requisitos establecidos en los artículos 25 del Decreto 2815 de 1974 y 8 del Decreto 584 de 1975.

3. Los comerciantes exportadores no responsables del impuesto (art. 9 D.R. 001/79).

Los comerciantes exportadores no responsables del impuesto, eran: los exportadores de productos procesados (art. 8º D.L. 1988/74). La exención para el exportador se hacía operante a través del descuento y posterior devolución del gravamen pagando en la adquisición de los insumos o en la compra del bien que se exporta (arts. 10 y 11, D. 2803/75).

c. Debían presentar declaración semestral (bianual): los responsables del impuesto sobre las ventas que no tuvieren derecho a devoluciones (art. 16, D.R. 1494/78) y todos los demás responsables que no estuvieran comprendidos entre los indicados bajo el literal b) precedente. (art. 10 D.R. 001/79).

d. El pago del impuesto que resultara a cargo del contribuyente, presentare o no declaración bimestral, debía efectuarse dentro del mes siguiente al respectivo bimestre, excepto en cuanto a los bimestres mayo-junio y noviembre-diciembre, en cuyo caso el pago debía hacerse simultáneamente con la presentación de la declaración (arts. 16 y 18, Decreto Reglamentario 1494 de 1978 y 10 del Decreto 001 de 1979).

e. Quienes no cumplieran con la obligación de declarar, estaban sometidos a una sanción por extemporaneidad a razón de un 10% del impuesto a cargo, por mes o fracción de retardo (art. 19, Decreto 1494 de 1978) y hasta un máximo de 100%.

Posteriormente, en el mes de abril de 1982, mediante el Decreto 1204, se estableció como regla general la de dos declaraciones por año (en los meses de enero y julio) y como excepción las declaraciones bimestrales obligatorias para las personas incluidas en listas que debía elaborar la Dirección General de Impuestos y las cuales estarían integradas por los responsables y comerciantes exportadores que hubieren formulado solicitudes de devolución en los dos últimos años y los demás responsables que con características similares pidieran su inclusión en tales listas oficiales (arts. 10 a 30).

Del contexto de los artículos citados resulta que el sentido de sus disposiciones tenía que ver fundamentalmente con la finalidad de determinar quienes podían solicitar devoluciones del impuesto; lo que confirma su artículo 5º, que forzó a los aspirantes a solicitarla dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo que tenían para corregir la declaración, con lo cual se trató de establecer, por primera vez, un término de caducidad para formular las solicitudes de devoluciones, que, como lo expresó esta corporación, "habían adquirido por aquella época un volumen considerable en todos los aspectos" (sentencia de octubre 10 de 1986, Sala de lo Contencioso Administrativo, octubre de 1986. Expd. No. 614, Actor: Irrigaciones Ltda).

Más tarde, el Decreto Legislativo 3803 de 1982, conservó el sistema de los dos grupos de declarantes (por semestre y por bimestre) y suprimió el término para solicitar devoluciones y en cambio, concedió un plazo de gracia de dos meses, a favor de aquellos contribuyentes que hubieran cumplido con la obligación de declarar antes de la vigencia del Decreto 1204 de 1982, pero no hubieran formulado en tiempo reclamo por sus saldos a favor (arts. 8° y 21).

En 1983, el Decreto Extraordinario 3541 (art. 19), varió nuevamente el sistema y estableció dos grupos de declarantes, uno bimestral que comprendía a quienes tenían derecho a devoluciones (productores de bienes exentos y exportadores) y uno anual, que comprendía a todos los demás responsables del impuesto. Los contribuyentes del segundo grupo (declarantes por anualidad) no tenían derecho a devoluciones. El artículo 56 del mismo Decreto consagró una sanción por extemporaneidad del 5% sobre el impuesto a cargo o sobre el saldo a favor del contribuyente por cada mes o fracción de mes de retardo, sin exceder del 100% del impuesto a cargo o del saldo a favor y si no hubiere ni impuesto a cargo ni saldo a favor la sanción era de $1.200.oo por cada mes o fracción de mes de retardo.

Bajo este régimen subsistió la supresión de plazo para pedir devoluciones y se estableció que los contribuyentes que lo desearan podían solicitar compensación con el impuesto de renta (art. 28).

En virtud de lo dispuesto en las normas que regían el sistema de declaraciones bimestrales o semestrales, se entendió por la Administración que la obligación de presentar declaración bimestral tenía por finalidad esencial el poder obtener devoluciones por impuestos pagados, de tal forma que, si teniendo el contribuyente derecho a ellos, sin embargo presentaba declaración semestral (y no bimestral), se entendía o que renunciaba a tal derecho o que lo perdía; lo anterior respecto tanto de los productores de artículos exentos como de quienes vendieran bienes a tarifa inferior a la de sus costos y gastos de producción y de los comerciantes exportadores, porque la exención se hacia operante a través del descuento y posterior devolución del gravamen pagado en la adquisición de los insumos o en la compra del bien que se exportaba (arts. 10 y 11 del Decreto 2803 de 1975 y 14 del Decreto 1494 de 1978) y de aquí la doctrina según la cual la extemporaneidad liquidada a quien se encontrara en dicho caso de renuncia tácita era improcedente, que cita el actor y que se transcribió atrás (literal e., de estas consideraciones). De la relación legislativa hecha atrás resulta que a partir de 1982 ya no fue posible interpretar que quienes no presenten declaración bimestral, debiendo hacerlo, se podía entender que renunciaban al derecho a obtener devoluciones y por consiguiente, es desde ese momento (1982) ya no se pudo optar por uno u otro sistema (declaración bimestral o declaración anual).

Pero lo que sí es cierto es que antes de ese año y más concretamente, antes de la expedición del Decreto 1204 de 1982 (abril 23) la regla general, en materia de obligación de presentar declaración era la bianual o semestral y, por excepción, debía ser por bimestres cuando se tratara de productores de artículos exentos, de comerciantes exportadores no responsables o de estas mismas personas que tuvieran resolución del Director General de Impuestos autorizándolos para pedir devoluciones; por lo cual, a quienes estuvieran comprendidos en el primer grupo (declarantes por semestres) aun cuando tuvieren derecho a devoluciones, o cuando quisieren pedirlas, por lo cual se entendió que si teniendo tal derecho, no presentaban la declaración bimestral, era porque renunciaban a cualquier devolución.

Así las cosas, para la Sala deben acogerse favorablemente las peticiones del actor en el sentido de declarar que presentó en su legal oportunidad su declaración por concepto de impuesto a las ventas correspondiente al IV bimestre de 1980; que el pago de la liquidación privada por el mismo concepto y tiempo se encuentra debidamente acreditado por medio de la cesión de saldos a su favor hecho por Bayer de Colombia S.A. y por consiguiente, debe revocarse la Liquidación de Revisión No. 000496 de fecha 20 de abril de 1983, expedida por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, División de Liquidación Unidad de Ventas en cuanto por ella se dedujo una sanción de extemporaneidad por valor de $1.987.691.oo como así se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

El apoderado de la sociedad actora pidió también en la demanda, como atrás se vió, que se ordene a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá proceder "a ajustar y corregir el estado de cuenta de mi mandante en conformidad con el fallo que para el efecto se profiera".

Sobre esta petición, considera la Sala que no es de recibo pronunciarse dentro de un juicio de revisión de impuestos como el invocado, pues aquí lo que se debate es la legalidad de la sanción de extemporaneidad impuesta a la actora y contra la cual ella había recurrido por la vía administrativa, mediante el recurso de reconsideración que le fue inadmitido por considerar, la Administración, que no había acreditado el pago de la Liquidación Privada. Además, el ajuste de la cuenta es un nuevo aspecto que debe surgir del cumplimiento de los que ordene esta sentencia, a lo cual está obligada la Administración.

De la misma manera, la sociedad actora pidió que por esta jurisdicción "se conforme (sic) en todas sus partes el monto de la liquidación privada determinada por mi mandante en su declaración de Ventas correspondiente al IV Bimestre de 1980".

Sobre esta solicitud no es del caso pronunciarse pues en la liquidación de Revisión arriba citada ninguna partida distinta a la de sanción por extemporaneidad se deduce a cargo de la actora (como puede apreciarse de la copia a folio 93 del C.1) pero se obtiene el mismo resultado revocando o suprimiendo de la liquidación de revisión la citada sanción.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con la Fiscal 6a. de la Corporación,

**FALLA:**

**Primero**. Revócase la sentencia del 7 de octubre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia y, en su lugar, se dispone:

Revócase la sanción por extemporaneidad en cuantía de un millón novecientos ochenta y siete mil seiscientos noventa y un pesos ($1.987.691.oo) impuesto en la liquidación de Revisión No. 000496 de fecha 20 de abril de 1983, efectuada por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, División de Liquidación Unidad de Ventas.

**Segundo**. Cancélase la caución constituida en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 93 de la Ley 9a. de 1983 y que obra al folio 109 C. 1. del expediente.

**Tercero**. Deniéganse las restantes súplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a la Administración de impuestos Nacionales de Bogotá y devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en sesión de fecha 31 de enero de 1990.

*Reynaldo Arciniegas Beadecker*, Presidente Ausente; *Consuelo Sarria Olcos,* Salvo el voto*; Guillermo Chahín Lizcano,* Con salvedad*; Luis Antonio Alvarado Pantoja,* Ausente*; Joaquín Barreto Ruíz, Guillermo Benavides Melo,* Ausente*; Carlos Betancur Jaramillo, Ausente; Samuel Buitrago Hurtado,* Ausente*; Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, Jorge Penen Deltiure, Simón Rodríguez Rodríguez, Julio Cesar Uribe Acosta, Héctor Julio Becerra*, Conjuez.

*Nubia González Cerón,* Secretaria General.

**VIA GUBERNATIVA** - Agotamiento/ **JUICIO DE IMPUESTOS/ CESION DE CREDITOS/ COMPENSACION** (Salvamento de voto)

**Aun cuando los contribuyentes adelantaron todas las gestiones que les correspondían de acuerdo con la previa autorización de la Administración, se estaban realizando las actuaciones administrativas necesarias para que dicho pago quedara debidamente efectuado, entre otras, la expedición de las resoluciones que revocaran las que anteriormente habían ordenado la devolución de los saldos que ahora eran objeto de la compensación.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*- Bogotá, D.E.

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO**

Referencia: Expediente No. S-105. Actor: Bayer Químicas Unidas S.A.

Con el acostumbrado respeto consigno brevemente los motivos de inconformidad con el fallo emitido por la Sala Plena, que desde luego, no son distintos de los que expresé en la ponencia que para dirimir el empate presentado en la Sección Cuarta presenté a la consideración de la plenaria de la Corporación y que no obtuvo la mayoría requerida. Ellos son:

No se advierte que la razón esté en esta oportunidad de parte del apelante puesto que toda la evidencia lleva a concluir que en efecto; cuando se interpuso el recurso de reconsideración que se tramitaba para que, sobrantes de impuestos a favor de Bayer de Colombia S.A., se aplicarán al pago de obligaciones tributarias de Bayer Químicas Unidas S.A., no se encontraba perfeccionado.

En otras palabras, que, aun cuando los contribuyentes adelantaron todas las gestiones que les correspondían de acuerdo con la previa autorización de la Administración, se estaban realizando las actuaciones administrativas necesarias para que dicho pago quedara debidamente efectuado, entre otras, la expedición de las resoluciones que revocaran las que anteriormente habían ordenado la devolución de los saldos que ahora eran objeto de la compensación.

De esta forma cuando la actora afirmó en su memorial de recurso de reconsideración que la liquidación privada correspondiente al IV bimestre de 1980 estaba debidamente pagada en virtud de la compensación, en realidad no estaba demostrando tal requisito puesto que dicha compensación estaba apenas en proceso.

Por lo anterior, estimo, como lo sostuvo la Fiscal Sexto del Consejo de Estado, que tanto la Administración como el *a-quo*, actuaron en consonancia con la ley en la expedición de los actos administrativos y jurisdiccionales objeto de la controversia.

Adicionalmente, observó que con fecha de junio 17 de 1988 la Sección Cuarta al fallar reclamación idéntica del mismo apelante pero relacionada con el impuesto a las ventas correspondientes al V bimestre de 1980, con ponencia de la doctora Consuelo Sarria confirmó la sentencia apelada con consideraciones como las que ahora se invocan para abogar por un fallo confirmatorio de la sentencia proferida en la reclamación relativa al IV bimestre del mismo año. Dijo entonces la Sección Cuarta (Expediente No. 1715, actor: Bayer Químicas Unidas S.A.):

> "Más la actora, como oportunamente se puntualiza en la sentencia recurrida, no probó haber efectuado directamente pago alguno por cuenta de la liquidación privada del ejercicio gravable discutido, ni acreditó que las sumas de dinero de que se dice cesionaria le hubieran sido abonadas efectivamente a su cuenta por el aludido concepto. No se ve en consecuencia qué "depósito" es el que se le ha debido aplicar como pago previo.
>
> "Finalmente, la sola petición para que se certifique sobre un determinado pago, es totalmente irrelevante como prueba de éste.
>
> "En suma, es indebido el agotamiento gubernativo, según lo sostiene el *a-quo*, no estando así llamado a prosperar el recurso".

Dejo así expresados los motivos de disentimiento que explican mi voto negativo en el presente asunto.

Fecha *ut supra*.

*Guillermo Chahín Lizcano.*

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS**

Referencia: Radicación S-105. Actor: Bayer Químicas Unidas S.A.

Por haber compartido en su totalidad el proyecto presentado por el Doctor Guillermo Chahín Lizcano, el cual fue negado en la Sección, para precisar mis razones de discrepancia con la decisión de la Sala Plena que dirimió el empate, me remito a los criterios puntualizados en el precedente salvamento de voto del señor Consejero Chahín Lizcano.

Fecha: *Ut supra.*

*Consuelo Sarria Olcos.*

**RECONSTRUCCION DE PROCESOS** - Requisitos

**Es necesaria, en materia de reconstrucción de un proceso, la existencia y aporte de la copia auténtica de la sentencia. De no ser posible lo anterior, los consejeros de la Sala proceden a suscribir el acta que contiene los motivos y la resolución. En caso de no haberse salvado el libro de actas, y si hay copia de la sentencia, los consejeros que la suscribieron se limitan a autenticarla para proseguir el proceso. El legislador no tenía por qué prever la negligencia, o la inadvertencia de solicitar copia de la sentencia omitiendo la última página del fallo.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.*- Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. R-066. Actor: Jesús Emilio Gómez Jaramillo

El doctor JESUS EMILIO GOMEZ JARAMILLO, en sendos escritos presentados ante la Corporación el 16 de enero pasado, interpone ante el Despacho del Consejero Sustanciador (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (sic)), recurso de reposición, y ante la Sala Plena, recurso de súplica, contra el auto del Despacho, de diciembre 13 de 1989 en que se denegó la reconstrucción del expediente para los fines del recurso extraordinario de anulación.

El actor sustenta el recurso de reposición en los siguientes sucintos términos:

1. Según lo establece el art. 8º del Decreto Legislativo 3825 de 1985, el caso de autos es, precisamente, un proceso en que el expediente se destruyó, habiéndose dictado ya *sentencia sin que pueda ésta reconstruirse mediante copia*

*de la misma* (la subraya es del actor). De donde, procede la sustitución de la misma de la siguiente forma:

> 1). En acta suscrita por los Consejeros que integran la Sala respectiva, se expondrán sintéticamente las razones o motivos de la decisión y se expresará, en forma detallada, la parte resolutiva adoptada.
>
> 2). El acta vale por sentencia y se notificará como ésta; y deberá contener "la parte pertinente del acta de la sesión en la cual se adoptó la decisión".
>
> 3). Cuando no se puede autenticar ni sustituir las sentencias esto es, en los demás casos), se procederá a la reconstrucción del expediente, conforme a las reglas de este decreto.

2. En el auto de cuya reposición se trata, "se pasó por alto esta última disposición del tan citado art. 8º" (fl. 107, Cdo. 1), por lo que el recurrente pide "tener en cuenta y aplicar esta última norma del art 8º del Decreto Legislativo 3825 de 1985, aclarando y complementando el auto tan nombrado de diciembre 13 de 1989, disponiendo que, al no haberse podido surtir la reconstrucción del recurso de anulación, en los términos del art. 8º del nombrado Decreto 3825 de 1985 se procederá a la reconstrucción del expediente".

3. Sobre la obtención de la copia de la sentencia, para fines de la reconstrucción del expediente afirma el actor:

> i. El Decreto Legislativo establece "cadena de trámites sucesivos", ..."*sobre aporte de la copia de la sentencia o declaración juramentada sobre forma de obtenerla* (art. 4º literal B)" (subraya el Despacho).
>
> ii. Traslado a la contraparte para que aporte la sentencia, si la tiene.
>
> iii. Autenticación de sentencias (art. 9º).
>
> iv. Sustitución de sentencias.
>
> v. Reconstrucción de todo el expediente, dentro del cual se había dictado sentencia y ésta no se puede reconstruir, autenticar o sustituir (art. 8º).

4. En la solicitud de reconstrucción, el actor presentó 18 documentos que servirán para la reconstrucción impetrada.

Para resolver se considera:

A. Para el Despacho es indiscutible que la toma y destrucción del Palacio de Justicia fue acontecimiento doloroso tremendamente excepcional que dio origen al Decreto Legislativo invocado por el actor. Se pretendia aliviar, en parte,

las espantosas consecuencias del mismo, a fin de darles a las partes la oportunidad de rehacer los procesos que se hallaban en aquel terrible momento al cuidado del Consejo de Estado. Ciertamente, el criterio que informó tal norma era el de una gran amplitud al no requerir copias autenticadas y facilitar a las partes el aporte de sus propios documentos a los cuales se les daría veracidad, con el fin de atenuar los daños, en otros sectores, irreparables. Pero, en cuanto su aplicación, la norma exige rigor y mal podría el Despacho, a sabiendas de las condiciones impuestas permitir el procedimiento o salvar deficiencias sin que la ley lo haya previsto.

B. Regido por el principio de la congruencia de la decisión, este Despacho procedió a tramitar la correspondiente solicitud de reconstrucción en los términos y condiciones señalados por el actor en su momento. En su escrito de fecha 22 de febrero de 1986, solicitó, textualmente, la reconstrucción según el artículo 4° del Decreto Legislativo 3825 de 1985, única norma aplicable, por cuanto ya se había interpuesto el recurso de anulación.

C. Varios eventos de reconstrucción previó la norma mencionada. El Despacho pasa sucintamente a examinarlos:

ARTICULO 4°, LITERAL B

Proceso en que se interpuso el recurso extraordinario de anulación:

1. Oportunamente, el actor debía presentar *copia auténtica de la sentencia* o declaración juramentada de la forma de obtener copia.

2. Además, debía de allegar copia del escrito del recurso de anulación.

Vale resaltar que la norma insiste en la presentación de *copia de la sentencia en debida forma.*

ARTICULO 8°

Proceso en que se dictó sentencia, ésta no se puede recontruir y hay que proceder a su sustitución:

1. Los Consejeros de la Sala levantarán acta con expresión sucinta de los motivos de la decisión.

2. Indicarán la parte resolutiva.

El acta-sentencia se notificará como providencia jurisdiccional. De no ser posible este procedimiento, se deberá reconstruir el expediente.

ARTICULO 9°

Proceso en que se dictó sentencia, pero se hallaba sin notificar, o se encontraba para aclarar o salvar el voto:

1. Los Consejeros actuales que hubieren suscrito la sentencia deberán suscribir la copia.

2. La autenticación se refiere tanto al contenido de la providencia como a la circunstancia de haberla, o no, suscrito con salvedades.

En gran síntesis, y combinando las alternativas de la ley, en materia de reconstrucción de un proceso, el Despacho concluye:

a. Es necesaria la existencia y aporte de la copia auténtica de la sentencia.

b. De no ser posible lo anterior, los consejeros de la Sala proceden a suscribir el acta que contiene los motivos y la resolución.

c. En caso de no haberse salvado el libro de actas, y si hay copia de la sentencia, los consejeros que la suscribieron se limitan a autenticarla para proseguir el proceso.

D. *El caso de autos*. No limitándose la Corporación a los estrictos supuestos del artículo 4º desplegó un celo admirable para la obtención de copia de la sentencia de segunda instancia.

En efecto, se solicitó aquél que pudiera tener copia de la misma por ser parte interesada en el proceso: al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como ente demandado; al Tribunal de Origen, en espera de que dispusiera del expediente, una vez surtida la apelación; al señor Agente del Ministerio Público que intervino en ésta; a los consejeros que presuntamente, habían intervenido en esa instancia. Todo en vano.

Los anteriores antecedentes llevan al Despacho, en consecuencia, a decidir que la reconstrucción impetrada tiene el carácter de imposible, por las siguientes consideraciones:

Primera. Es un hecho cierto que la sentencia de segunda instancia se dictó; la prueba está en que se había iniciado el trámite del recurso extraordinario de anulación, bajo la condición *sine qua non* de la sentencia de segunda instancia.

En efecto la copia que aporta a la solicitud de reconstrucción el recurrente (fls. 11 a 27, cuaderno 1), lleva un sello (fl. 27) que es del siguiente tenor:

CONSEJO DE ESTADO
Sala de lo Contencioso Administrativo
SECRETARIAS_____ N' (sic) _____ (ilegible)
El anterior memorial fue recibido en esta
Secretaría hoy 24 ENERO 1985
Firma (Ilegible)

Segunda. Al aplicar el art. 4° del Decreto Legislativo 3825 de 1985, (único precepto aplicable en el caso, si se tiene en cuenta que se regula de manera particular los procesos que se hallan en trámite del recurso de anulación), se observa que no se dan los supuestos para ello.

En efecto:

Se exige presentación de copia de la sentencia. De no ser posible, el recurrente declarará bajo juramento, dónde puede hallarse.

La copia, en debida forma, de la sentencia es elemento imprescindible para continuar la tramitación del recurso.

Tercera. El art. 8° *ibídem* es de imposible aplicación si se tiene en cuenta que no existe libro de actas, y por lo mismo el procedimiento de la sustitución de la sentencia por el acta-sentencia no resulta aplicable en este caso.

Cuarta. La solicitud del recurrente de que entonces "...se proceda a la reconstrucción del expediente, conforme a las reglas de este decreto..." (fl. 107, cuaderno 1), no es viable porque:

¿A partir de qué momento se iniciará la reconstrucción? ¿Antes de haberse proferido sentencia de segunda instancia? No, porque habría precluido la oportunidad para interponer el recurso extraordinario. Por otra parte, se sabe a ciencia cierta que la sentencia de segunda instancia ya se había proferido. Además, el mentado recurso desapareció del orden jurídico.

Si es a partir de la tramitación del recurso extraordinario de anulación, tampoco pues no existe copia auténtica de la sentencia.

Quinta. tampoco resulta aplicable el art. 9° *ibídem* pues en el caso de autos no se trata de una sentencia que se hallara "en proceso de notificación, aclaración o salvamento de voto", ni la autenticación puede cumplirse *por los miembros actuales de la Sala que hubieren suscrito la sentencia*, pues como se ha visto, esto es imposible.

En conclusión, podría alegarse como excusa un lamentable vacío legal. Pero es que el legislador es sabio y no tenía por qué prever el descuido, la negligencia

o la inadvertencia (que nada tenían que ver con la catástrofe del Palacio de Justicia) de solicitar copia de la sentencia omitiendo la última página del fallo. La sentencia comprende la consideración, la motivación, la resolución y la suscripción por parte de los miembros de la Sala que intervinieron.

A lo anterior se debe recordar que el recurrente interpuso, *simultáneamente*, reposición y súplica. En cuanto concierne al Despacho se habrá de negar la reposición. Respecto de la súplica, interpuesta también contra la decisión de este Despacho, en que negó el procedimiento de reconstrucción del proceso, se remitirá el presente negocio a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, para lo de su cargo.

En mérito de lo expuesto, el Despacho resuelve:

1. No hay por qué acceder a reponer la decisión recurrida.

2. Envíese el negocio a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

*Simón Rodríguez Rodríguez*

*Nubia González Cerón*, Secretaria General.

**ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES**

**En ejercicio de la acción de plena jurisdicción se demandó la nulidad de dos actos administrativos individuales y concretos y uno de tipo abstracto u objetivo, tal como concluyó la Sección Primera, lo que la llevó, según su criterio, a estimar que hubo indebida acumulación de acciones, lo que dio lugar a la inhibitoria por ineptitud de demanda. No hubo contradicción jurisprudencial.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-* Bogotá, D.E., seis (6) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Radicado No. S-127. Recurso extraordinario de súplica. Actores y recurrentes: Guillermo Neissa Rosas y Beatriz Giraldo de Neissa.

Consejero ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Se decide el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte demandante en este asunto contra la sentencia de treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por la Sección Primera de esta Sala, y mediante la cual inhibióse para fallar de mérito por ineptitud del libelo.

## I. ANTECEDENTES:

1.1. A doce (12) de noviembre de mil novecientos ochenta (1980), los señores Guillermo Neissa y Beatriz Giraldo de Neissa ocurrieron para ante el Consejo de Estado demandando "que se decrete la nulidad de la totalidad de las Resoluciones Nos. 1376 de julio nueve (9) de mil novecientos ochenta (1980) y

J-0033 de febrero ocho (8) de mil novecientos ochenta (1980), emanadas del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del ambiente "INDERENA", así como de la Resolución No. 0689 del veintidos (22) de abril de mil novecientos ochenta (1980), de la misma entidad, y que como consecuencia de dicha declaratoria de nulidad se restablezca a los peticionarios BEATRIZ GIRALDO DE NEISSA y LUIS GUILLERMO NEISSA ROSAS en su derecho pleno de captar el cuarenta por ciento (40%) del caudal que discurre por la fuente de nombre "QUEBRADA PACOLI" con destino a usos domésticos, abrevaderos y riego de pastos de sus predios "CAIMITO" y "PACOLI", ubicados en jurisdicción del municipio del Nilo, en el departamento de Cundinamarca, considerando que dicho cuarenta por ciento (40%) corresponde a un caudal de 16.6 litros por segundo, por los medios idóneos, sean estos mecánicos o eléctricos y especialmente por las actuales obras consistentes en una presa o toma de agua, construida sobre la mencionada vertiente, o "Quebrada Pacolí" que alimenta un Ariete o bomba hidráulica mecánica, cuya captación se hace con fundamento en los artículos primero ($1^{o}$) y quinto ($5^{o}$) de la Resolución No. J-138 de fecha 17 de mayo de 1977 del Instituto Nacional de los Recursos Renovables y del Ambiente "Inderena".

Igualmente solicitaron que se declare que "los cesionarios NEISSA-GIRALDO por utilizar por medio del Ariete, en funcionamiento desde octubre de mil novecientos setenta y siete (1977), sólo una parte de las aguas concedidas, equivale a cuatro litros por segundo (4 Litros/seg.) de acuerdo con la Resolución No. J-138 de mayo 17 de mil novecientos setenta y siete (1977), del "INDERENA". Y que "por consecuencia de la declaración anterior se ordene pagar a favor de los peticionarios BEATRIZ GIRALDO DE NEISSA y GUILLERMO NEISSA ROSAS los perjuicios ocasionados con las Resoluciones que se acusan, los cuales serán tasados de acuerdo con las normas procesales, tanto las que resulten a cargo de la Nación como de los particulares interesados". Concluye, además: "Si el particular se opusiere, sírvase condenar en costas".

1.2. Como impugnadores de las peticiones precedentes, por tener interés directo, aparecen Roberto Pardo Vargas, en su nombre y como representante legal de la Corporación Financiera Colombiana S.A., Francisco Pardo Vargas, María Lucía Pardo de Casas, María Paulina Pardo de Fernández y Helena Pardo de Gutiérrez.

1.3. Las consideraciones que tuvo en cuenta la providencia recurrida en súplica y, para con base en ella, declarar la ineptitud de la demanda, son las siguientes:

"Se impone ante todo considerar la excepción propuesta por el señor fiscal Primero de la Corporación en su concepto final como cuestión que impide

entrar al estudio de fondo de la demanda, y la cual hace consistir en la circunstancia de haberse involucrado en la misma acción como objeto de sus pretensiones, la Resolución J-0033 de febrero ocho (8) de mil novecientos ochenta (1980) o acto principal, en la que el INDERENA Regional Central suspendió la utilización de la obra construida por los actores, según la concesión contenida en la resolución NJ-138 de mayo diez y siete (17) de mil novecientos setenta y siete (1977) de la misma procedencia; la No. 1376 de julio nueve (9) de mil novecientos ochenta (1980) de la Gerencia General del INDERENA reasume las funciones delegadas al Gerente Regional Central por Resolución No. 0386 del once (11) de marzo de mil novecientos setenta y siete (1977).

"El señor Fiscal para llegar a la anterior consideración razona de la siguiente manera:

"Del análisis del contenido de los tres actos administrativos referidos, se percibe claramente que los dos primeros son actos de carácter particular, pues crearon una situación jurídica concreta que afectó a los demandantes, mientras que el tercero es un acto de carácter general como quiera que las situaciones reguladas por él estaban referidas en abstracto, a unas funciones o, utilizando lo que al respecto ha manifestado la jurisprudencia, ... prescinde de los existentes o de lo accidental para señalar conductas individuales, por lo que tengan de típicas (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de enero veintiocho (28) de mil novecientos setenta y cuatro (1974).

"De todo lo anterior se saca en claro que el actor utilizando la antigua acción de plena jurisdicción (actualmente de restablecimiento del derecho), pretende la nulidad de dos actos contra los cuales sí es viable y la de otro que por ser de carácter general, como ya se vio, su legalidad sólo puede ser impugnada a través de la acción pública de nulidad o contenciosa objetiva (artículo 84 C.C.A); de esta manera se comprueba que hay una grave ineptitud sustantiva de la demanda".

"Al respecto reitera el señor agente del Ministerio Público lo dicho por esta Sala en el sentido de que no se pueden acumular la acción de simple nulidad y la de restablecimiento del derecho, siendo como son de naturaleza diferente.

"Basta con leer detenidamente el texto de los actos demandados para darse cuenta que, dos de ellos guardan íntima relación por ser el primero, esto es la Resolución No. J-0033 de la Regional Central del Inderena, el principal productor de la situación jurídica que ha movido al actor a pedir el restablecimiento del derecho que se dice desconocido y vulnerado por aquella; el segundo es el contenido en la Resolución No. 1376 de 9 de julio de 1980 que dictada por la Dirección General del Inderena resolvió confirmar la anterior; en cambio, la tercera resolución colocada cronológicamente entre las dos anteriormente seña-

ladas, la No. 689 de 22 de abril de 1980, no hace parte de la serie de actos dictados por la administración para producir el que suscita el fundamento principal de las pretensiones de la demanda. En efecto: la Resolución No. 699 de 22 de abril de 1980 dictada por la Dirección General del Inderena, precisa en sus considerandos:

> "Que por Resolución 386 de marzo 11 de 1977 se delegaron funciones a los Gerentes Regionales, Jefes Regionales, Jefes de Distrito, Jefes de Operaciones y a los Expertos Superiores Forestales, para conocer de materias relacionadas con la tramitación de negocios de aguas públicas, bosques nacionales y bosques de dominio privado.
>
> "Que por Resolución No. 0291 de febrero de 1979, la Gerencia General asumió la competencia delegada conferida en materia de aguas a las Gerencias Regionales, en cuanto se refiere al conocimiento de los asuntos relacionados con la reglamentación de aguas; y que por Resolución 0267 de marzo 3 de 1980 se asumió las funciones delegadas en materia de bosques que se relacionan a continuación: a) Otorgamiento y trámite de aprovechamientos forestales tanto únicos como persistentes y que correspondan a la Clase A; b) Parcialmente, reconocimiento de los aprovechamientos forestales Clases B, C y D únicos y persistentes;
>
> "Que el Acuerdo No. 16 de 1978 faculta al Gerente General para delegar en los Jefes Seccionales el otorgamiento de concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de aprovechamiento de los recursos naturales renovables;
>
> "Que es necesario reasumir las funciones aún delegadas al Gerente Regional Central, mediante Resolución No. 386 de 1977, en materia de Aguas y Bosques y delegarlas en los Jefes Seccionales, en virtud de la autorización del artículo 32, numeral 3° del Acuerdo No. 16 de 1978".

"En parte resolutiva de dicho acto la Dirección General reasume, discriminándolas, varias de las funciones delegadas a la Gerencia Regional Central, entre ellas en materia de aguas la de otorgar y controlar concesiones para la generación de energía hidraúlica; legalizar el aprovechamiento de aguas, aprobar los planos de las obras hidráulicas ordenados en la Resolución de Concesión, tramitar, otorgar y legalizar las concesiones en corrientes de agua y velar por el cumplimiento de las obligaciones que el Inderena impone a los cesionarios. En materia de Bosques, realizar la revisión del plan de ordenamiento frontal y emitir el concepto técnico previo al trámite de concesiones; otorgar patentes de funcionamiento para las diferentes industrias forestales y expedir los vistos buenos para la exportación de productos forestales, entre otras funciones. En el artículo 2° delega en las Seccionales del Tolima, Huila, Boyacá, Meta, Caquetá y Amazonas en cumplimiento de las anteriores funciones que reasume, y en los siguientes determina el trámite a seguir en los negocios, y en su artículo 6° se dice que de

esa manera se modificaría en lo pertinente la Resolución No. 0386 de mayo 11 de 1977 y se deroga la No. 0556 de 11 de abril de 1980.

"Como claramente se colige que la reseña que se hace de la supracitada Resolución No. 689, allí se establecen unas disposiciones de carácter general sobre control de aguas de uso público y bosques atañederos a las funciones esenciales del Inderena, por medio de las cuales la Dirección General reasume las que le habían sido asignadas a la Regional Central. Se trata entonces de un acto de carácter general y abstracto e impersonal –erga omnes– que en sí no tiene más incidencia en el caso controvertido que el que corresponde a unas normas de contenido jurídico aplicables a todos, indiscriminadamente, las cuales no pueden dar lugar a una demanda de nulidad con restablecimiento del derecho o de plena jurisdicción del Código anterior, como se hizo acumulativamente en la demanda con otras resoluciones, ésta (sic) sí de carácter particular y concreto. Tanto la Resolución No. J-033 de 8 de febrero de 1980 expedida por la Dirección Regional Central del Inderena como la confirmatoria 1376 de la Dirección General del mismo organismo, se contraen al particular interés de los accionantes, y son actos propios de la acción contemplada en el artículo 67 del C.C.A. de la Ley 167 de 1941 vigente cuando se expidieron. Otra cosa distinta sucede con la Resolución No. 0689, que como se ha expresado anteriormente es de naturaleza distinta a los otros actos y no puede ser objeto de la misma demanda de nulidad.

"Son bien conocidas las jurisprudencias sentadas por esta Corporación en variados pronunciamientos antes y después de entrar a regir el Decreto 001 de 1984, en las cuales se ha expresado la imposibilidad jurídica de demandar simultáneamente en una misma demanda actos que responden a dos acciones de contenido y naturaleza diferente. Es así como se ha criticado insistentemente el error de reunir en la misma demanda la acción de nulidad de actos administrativos de contenido particular y concreto con otra de actos de contenido general y abstracto. Es decir, se ha dicho que conduce a la ineptitud de la demanda la acumulación de acciones de restablecimiento o de plena jurisdicción y la de simple nulidad, tal como lo asevera el señor Fiscal al solicitar en su alegato en el presente proceso, el reconocimiento de esa excepción que inhibe a la Sala para un pronunciamiento de fondo-

"Fuera de la providencia citada por el Fiscal en respaldo de su punto de vista hay otras en las cuales se llegó a igual conclusión.

Así en sentencia de 8 de febrero de 1988, con ponencia del Consejero Samuel Buitrago, ya había dicho esta Sala:

"Es sabido y aceptado que los actos administrativos se dividen esencial y fundamentalmente en actos creadores de situaciones generales, objetivas, abstractas, y en actos creadores de situaciones individuales, subjetivas, particulares, concretas, haciendo los primeros relación al orden jurídico general, y los segundos solamente al terreno de acción de los derechos particulares, aunque derivados de la Administración Pública. Y de acuerdo con esa división, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se han señalado con toda nitidez los senderos procesales por los cuales pueden buscarse la anulación de ellos, de modo simple, o acompañado de ciertas consecuencias. Y no es difícil adivinar la naturaleza y características inherentes a un acto administrativo en razón de su forma, alcance y objetivos, en condiciones tales, que una vez determinadas aquellas mal pueden ser demandados indistintamente o de manera anárquica, más aún si se tiene en cuenta que el cumplimiento de las reglas procedimentales es de orden público.

"En el caso presente, al examinar los actos demandados surge de modo inmediato que la Resolución No. 01 del 7 de septiembre de 1983 es un acto administrativo de carácter general puesto que se limita a fijar políticas para el control del tráfico de estupefacientes, al paso que el oficio No. DM 194 de septiembre 15 de 1983 y las Resoluciones Nos. 0069 y 0048 de noviembre 13 de 1984 y julio 3 de 1985, respectivamente, pertenecen a la clase de actos generadores de situaciones jurídicas subjetivas, individuales o personales, puesto que sólo se refieren a la posición de la parte demandante frente a las autoridades que los expidieron.

"Así como la naturaleza y caracteriscias (sic) de un acto administrativo, según la división general que de ellos se hace, se impone y define por los atributos intrínsecos de ellos, igual sucede, como ha quedado expuesto, con la vía jurisdiccional que competentemente ha de conocer de él cuando de acusarlos se trate, no estando ni lo uno ni lo otro al capricho o arbitrio de la persona interesada.

"Por tanto... no podía por los cauces de la acción de restablecimiento del derecho incoar demanda contra un acto de contenido general y contra actos de contenido personal simultáneamente pues, a pesar de que ambos corresponden al Consejo y se someten al mismo procedimiento, sus titulares, sus finalidades y diferente naturaleza son circunstancias que las hacen excluyentes entre sí.

"Establecida pues la falla de que adolece la demanda que configura una ineptitud de ella por la forma equivocada de accionar contra los actos cuestionados, no entre la Sala a analizar los cargos que contra ellos se formulan en el libelo".

"Con similares fundamentos la Sección Cuarta del Consejo de Estado en fallo de 20 de febrero de 1987, con ponencia del Consejero Hernán Guillermo Aldana, al resolver un recurso extraordinario de anulación declaró la nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal de Pereira (sic) en el asunto que se ventilaba, particularmente porque allí se dictó sentencia de mérito cuando lo procedente era inhibirse de fallar en el fondo frente a la indebida acumulación de las acciones de restablecimiento y de simple nulidad propuestas en la demanda. Se destaca el siguiente aparte de dicha providencia:

"La filosofía de la acción de nulidad se inspira en el principio de que la lesión al derecho de superior jerarquía consagrado en normas de tal categoría, ocasionada con la expedición de actos administrativos subalternos, puede ser atacada, para restablecer la vigencia del principio de legalidad, por cualquier persona y en cualquier momento, en defensa del mentado interés colectivo.

"En ella no cabe el ejercicio ni la protección de intereses legítimos subjetivos que hayan sido lesionados por el acto jurídico transgresor.

"Como consecuencia de esa fundamentación y finalidad, la sentencia que pone fin al procedimiento previsto para la defensa del orden jurídico violada en abstracto, no tiene limitaciones entre las partes, pues produce efectos *erga omnes*, efecto que obra hacia el futuro como regla general, *effectum exnunc*, pues las situaciones consolidadas antes de la anulación continúan, como se dice, en principio, produciendo sus efectos.

"En cambio, cuando el acto transgresos (sic) de la legalidad es norma de alcance subjetivo y, por ende, causante de lesión jurídica particular, la ley ha previsto la posibilidad de proteger al particular herido en su patrimonio jurídico, a través del ejercicio de la hoy denominada acción de restablecimiento del derecho, diferente en sus fundamentos y finalidades de la acción de nulidad y actuable en precisos términos de caducidad, cuya culminación normas (sic) es un fallo con efecto interpartes contados desde entonces, *ex tunc*.

"Por lo anteriormente expuesto, no es factible que dentro de la misma acción y dentro de la misma demanda y proceso se acumulen una y otra pretensión, la tendiente al restablecimineto de la legalidad objetiva con la busca la (sic) satisfacción de intereses subjetivos, pues ellas resultan contrapuestas, en su origen, fines efectos y requisitos.

"La demanda, como mecanismo para poner en ejercicio el derecho material de acción, no permite adelantársela cuando en ella no se observan los principios que prescribe la ley para que la relación jurídica procesal pueda trabarse válidamente.

"La Constitución Política, que prescribe en materia procesal la utilización del debido proceso, resultaría vulnerada si la jurisdicción pusiera fin a un proceso iniciado como demanda irregular por (sic) acumulación en ella de acciones que no pueden serlo.

"Tal ha ocurrido en este caso, pues, como se ve que la lectura de la demanda, el actor intentó en forma expresa acciones acumuladas de plena jurisdicción y de nulidad, sin que fuera procedente la tal acumulación y, no obstante ello, el juez de única instancia falló de mérito.

"Ni valga decirse, como lo pretendió la sentencia, que el actor propuso la excepción de inconstitucionalidad, pues de la lectura de la demanda la inferencia deducible es la de que al hablarse de inaplicabilidad de los actos acusados todos, no distinguió los que el Tribunal consideró dignos de inaplicabilidad de los que consideró nulos y en efecto anuló. De donde resultó que, oficiosamente, el Tribunal dentro de la acción de restablecimiento del derecho, utilizó el expediente de la excepción de que se ha hecho mérito.

"En tales condiciones no cabe duda al Consejo que el fallo de instancia no se ajustó a las disposiciones que regulan el ejercicio de las acciones contencioso administrativas y de la jurisdicción, por lo cual se establece que el debido proceso no se respetó en este caso.

"Por lo tanto, la sentencia se profirió dentro de un proceso incoado en demanda inepta por indebida acumulación de acciones".

"Son suficientes las anteriores consideraciones para que se llegue a la conclusión de la prosperidad de la excepción de inepta demanda planteada por el señor Fiscal en el concepto que ha dado lugar al estudio precedente, con fundamento en los antecedentes jurisprudenciales citados".

## II. SUSTENTACION DEL PRESENTE RECURSO:

2.1. La parte actora plantea entonces las objeciones a la providencia suplicada que a continuación se transcriben:

a. *Cuando se trata de falsedad de motivos, se debe fallar en el fondo.* En sentencia de fecha abril 3 de 1972 que corre publicada en los Anales del Consejo de Estado año XLVII Tomo LXXXII, primer semestre de 1972, páginas 249 a 256, el Honorable Consejo admitió la necesidad de llegar a fallo decisorio cuando la falsedad de motivos entrañaba desviación de poder o ejercicio de las atribuciones legales con fines distintos al buen funcionamiento del servicio público. Dijo el Honorable Consejo:

"...Para destruir tales inexactitudes el medio idóneo es la acción misma ante los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según el caso, pues dentro del proceso probatorio que ella supone y permite, él o los interesados pueden demostrar la realidad de los hechos en que consideran fundado el derecho que para su patrimonio aspiran a restablecer. Es entonces la misma decisión de fondo con que la acción termina y no pronunciamiento incidental alguno, la que se encarga de definir esa verdad, corrigiendo o rectificando, de paso, los yerros criteriológicos que de buena o mala fé haya estampado la administración..." (anexo copia de la sentencia).

El Honorable Consejo de Estado, en sentencia de abril 12 de 1962 que corre publicada en los Anales del Consejo de Estado año XXXVII tomo LXIV números 397 a 398 de 1962, páginas 297 a 300, acepta que la ineficacia jurídica de un acto administrativo viciado de falsedad ideológica, solo puede lograrse mediante sentencia que ponga fin a la respectiva acción contenciosa. Dijo el Honorable Consejo:

"...Sin que sea menester entrar a analizar la falsa motivación como fundamento para anular un acto administrativo, ni si ha de tenersela o no como causal autónoma al efecto y demás disquisiciones a que el punto se ha prestado principalmente en la doctrina francesa, el hecho es que la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del fallo de la Sala Plena Contenciosa de fecha 25 de agosto de 1969 ha venido aceptándola como motivo de anulación pero solamente en cuanto entrañe desviación de poder o ejercicio de las atribuciones legales con fines distintos al buen servicio público, y desde luego también cuando se manifiesta la disconformidad de los motivos expresados, con la realidad..." (anexo copia de la sentencia).

La anterior jurisprudencia se opone al fallo inhibitorio que se acusa.

b. *Cuando el acto es complejo se deben demandar todos los actos que intervinieron en la actuación administrativa*. La doctrina sobre actos complejos es reiterada. Así lo decidió la sentencia de 22 de junio de 1954 que dice:

"...Hace indispensable que la demanda se encamine a obtener la nulidad de todo el proceso o actuación administrativa generadora de los perjuicios..." (sent. 22 de junio de 1954 Anales T. LX 371-381 p. 75 - Anexo fotocopia).

Citó como segunda sentencia sobre el mismo punto la de 27 de octubre de 1972, que dice:

"La concurrencia que de dos o más personas u órganos administrativos en la formación de la voluntad administrativa, como sucede entre otros, en los casos de los actos que conforman el procedimiento administrativo consagrado en el Decreto Ley 2733 de 1959, o en aquellos eventos en que la ley

exige la aprobación de un Superior a lo resuelto por el inferior..." (sent. 27 de octubre 1972 Anales T. LXXXIII p. 429/fotocopia anexa).

Igualmente citó sentencia de 28 de julio de 1980, que dice:

"...De lo expuesto se desprende que el acto complejo se caracteriza por los siguientes rasgos:

a. Tiene unidad de contenido y unidad de fin;

b. Hay fusión de voluntades de los órganos que concurren a su formación, y

c. Es el producto de la intervención de dos o más funcionarios u órganos, los cuales pueden estar colocados en un plano de igualdad o dependencia y que pueden pertenecer a una misma entidad o a varias distintas.

d. La serie de actos que lo integran *no tienen existencia* jurídica separada e independiente..." (Anales T. XCIX 1980 p. 326 - fotocopia anexa).

La anterior jurisprudencia también se opone al fallo inhibitorio suplicado.

c. Incurre la sentencia en una petición de principio. Porque comete el vicio manifiesto de poner como antecedente lo mismo que se pretende probar. Consta en el proceso que para demostrar que en el Acto 0689 'de 22 de abril de 1989 (sic) del INDERENA estaba específicamente encaminado a entrabar la decisión que debería tomar la Regional Central con fundamento en el Decreto 2733 de 1959, sobre reposición, se produjo un específico dictamen pericial. En materia de recursos, la ley es clarísima e indubitable. Resulta objetivo el error de la sentencia el suponer como reglamentario y general, en contra de los artículos 25 y 26 del Código Civil la medida especial de policía contenida en la Resolución 0689, limitativa y expedida para impedir la normal aplicación del principio jurídico que atribuye la competencia a la misma entidad expedidora del acto recurrido (en el caso la Regional Central del INDERENA), para resolver la reposición, contra legem, como finalmente actuó INDERENA. Se anota que el texto del supuesto acto objetivo no le fue facilitado al Veedor del Ministerio de Agricultura, y no había sido publicado, según dicho de éste, en documento que obra en el proceso.

En la sentencia acusada resulta flagrante la incongruencia en la interpretación de los hechos de la demanda. Porque la Resolución No. 1376 de 9 de julio de 1980, claramente presenta *como motivo* del acto 0689 de 22 de abril de 1980, inaplicable el caso *subjudice* (sic), porque de aplicarse, como en efecto se hizo, se cometería, como sucedió, una falsedad ideológica. Esta

falsedad ideológica no puede resolverse sin interpretar los hechos en debida forma en la demanda, lo que no ha sucedido en la sentencia acusada.

El Honorable Consejo de Estado en sentencia del 23 de febrero de 1968 (Anales Tomo LXXIV -año XLIII- Nos. 417-418 –1968, pp. 36 y ss), dijo: "...los reglamentos expedidos por el órgano ejecutivo (arts. 120 numeral 3° de la C.N. y 12 de la Ley 153/68)... se caracterizan por su generalidad, y *son obligatorios cuando* se ajustan al estatuto fundamental y a la Ley..." A contrario *sensu*, cuando no se caracterizan por su generalidad, o son ilegales, no pueden ser obligatorios, porque no rigen por mandato del artículo 215 de la Constitución Nacional.

Porque en el texto demandatorio se informa sobre el desconocimiento del Acto 0689 de 22 de abril del mismo año, como lo disponía el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo entonces vigente. Tampoco fue allegado por los medios procesales por la Gerencia General del INDERENA, entidad que al pretender aplicarlo como reglamento impersonal y previo a las decisiones acusadas, incurrió también en un abuso en el derecho. No aclaró INDERENA la objeción del Veedor del Ministerio sobre la firma del supuesto acto objetivo, pues aparece una persona distinta al entonces Gerente General que figuraba como tal en los registros del Ministerio de Agricultura.

No es previo, porque la sentencia afirma que lo acusado fue la Resolución 0033 de 8 de febrero de 1980, confirmada por la 1376 de 9 de julio del mismo año y el Acto No. 0689 es de 22 de abril. O sea, que por ser posterior a la Resolución 033, fue aplicado a la reposición, con violación del principio de la irretroactividad de las leyes, pues el Acto 0689, era inaplicable al caso, por expreso mandato del artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Tampoco se puede reconocer como reglamento general, pues se identifica como individualizado, aplicable exclusivamente al caso controvertido. La fecha del acto juzgado objetivo, determina que, la supuesta jurisdicidad, no se compagina con los textos de la Resolución 033, de 8 de febrero de 1980.

b. Fuera de los precitados objetivos, debo relievar que la sentencia suplicada encubre, entre otras, las siguientes ilegalidades:

1. La mutilación del expediente de INDERENA, establecida en Inspección Judicial del Honorable Consejo de Estado a INDERENA. Esta mutilación tuvo por fin ocultar la prueba de la pérdida de competencia del INDERENA cuando expidió los actos objeto de la demanda. Los actos sustraidos fueron reconstruidos.

2. El Gerente de INDERENA, o de quien sin autorización ejerció sus veces con ocasión de sus funciones, utilizó abusivamente la potestad reglamentaria y al excederse en el ejercicio de ella, produjo un acto injusto y arbitrario para impedir la aplicación de los artículos 13-1 y 16 del Decreto 2733 de

1959. Este acto, con finalidad parcial, estaba encaminado a un solo caso concreto, ilegal por ende, pero que la sentencia aquí suplicada, supone jurídico, objetivo y válido, a pesar de que previamente a la sentencia, el señor Veedor del Ministerio de Agricultura lo calificó de "infundio jurídico" y solicitó la destitución del funcionario público responsable.

3. Encubre también la sentencia suplicada la falsedad material de los hechos y la falsedad ideológica del acto que la sentencia supone legal, mediante el sofisma que conlleva la petición de principio.

4. Finalmente, encubre el fallo la manifiesta ilegalidad de los actos del INDERENA acusados en la demanda.

e. Aunque de aceptarse el fallo acusado, por mandato del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, se configuraría la prescripción de las obras, plenamente, considero, en aras de la justicia, la necesidad de revocatoria del fallo acusado, con fundamento en el artículo 16 de la Constitución, para que impere en el derecho la necesidad del buen servicio. Y como lo dicen las sentencias que invoco, porque en el caso de autos, flagrantemente el INDERENA "...utilizó sus atribuciones con fines distintos al buen servicio público ...", por falsedad de motivos, que implican manifiesta falsedad ideológica.

f. El Acto 0689 de 22 de abril de 1980 del INDERENA, se mencionó en la demanda como motivo, y especialmente como un falso motivo, y lo contempla como el acto acusado, (Resolución 1376, como motivo y fundamento procesal, con lo cual el propio INDERENA lo convierte en simple disposición procesal de policía, opuesto a la objetividad atribuida supuestamente en el fallo suplicado. El Gerente de INDERENA, o quien hizo sus veces, se excedió en sus funciones al resolver un recurso de reposición de su inferior jerárquico, conducta con la que desconoció los más elementales principios sobre dicho recurso en nuestro sistema de derecho.

La doctrina y la jurisprudencia enseñan que la clasificación de los actos, depende de su finalidad, por lo cual la interpretación dada por la sentencia suplicada, no puede hacerse supuestamente. Repetimos, que se ha incurrido en una manifiesta petición de principio.

En el fallo acusado, al calificarse el Acto 0689 de 22 de abril de 1980, como reglamento general, impersonal y objetivo, se interpretó erradamente la demanda, por cuanto en realidad, es un acto de policía, específicamente dictado para entrabar contenciosamente, un procedimiento no contencioso, procedimiento, además, iniciado extemporáneamente por el INDERENA, sin las formalidades legales, en el que ni siquiera se produjo en ningún momento, antes de la expedición de los actos acusados, la notificación a los interesados y perjudicados en el mencionado procedimiento, realizado con el propósito determinado de interrumpir un servicio

de agua, considerado, ese sí, como de orden público, dadas las circunstancias de lugar tiempo y modo (sic), en que se produce, probadas dentro del proceso de la referencia.

Las anteriores razones me obligan a interponer el presente recurso de súplica por ante la Sala Plena de lo Contencioso de ese Honorable Consejo, a fin de que se decida el fondo del asunto.

Fundo mi petición en a (sic) Ley 11 de 1975".

## PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

La Sala estima útil, para clarificar al máximo las objeciones de distinto orden que el recurrente hace a la sentencia suplicada, emprender el presente estudio de ellas con la lectura de la inicial formulación del libelo demandatorio (fol. 2) que claramente enuncia que hace uso de la acción de plena jurisdicción (Ley 167 de 1941, artículo 67 y concordante). Y el señalado medio de impugnacion –hoy denominado "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" (art. 15 del Decreto-Ley 2304 de 1989-7 de octubre–) y hasta hace poco, "acción de restablecimiento del derecho" (art. 85 del C.C.A. adoptado por el Decreto Ley 1 de 1984 –2 de enero– y vigente desde el 1° de marzo de ese año) ha de encaminarse siempre contra actos administrativos creadores o modificadores de *situaciones individuales y concretas* que, por tenerse como violatorias de normas jerárquicamente superiores, o por haber sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de poder, se impetre su nulidad, al tiempo que, como consecuencia de ello, se pida el restablecimiento del derecho subjetivo que por ellos se haya infringido o desconocido.

Históricamente remóntase dicha acción, igual que su semejante "acción de nulidad" o "pública" o "ciudadana", a la Ley 130 de 1913 que fundamentalmente adoptó la legislación española de 1888 en esta materia, marcando desde ya la diferencia básica que las distingue, puesto que al paso que ésta persigue la tutela de la legalidad objetiva respecto de actos de carácter abstracto o genérico, aquella –llamada también "privada"– busca obtener, se repite, la nulidad de actos de tipo concreto o individual atentatorios de derechos "civiles", es decir, privados.

En el *petitum*, tal como se transcribió en los antecedentes de este proveído, se solicita la nulidad de tres resoluciones: "la número 1376 de julio 9 de 1980 y No. J-033 de febrero 8 de 1980, emanadas del Instituto Nacional de los Recursos Naturales y Renovables y del Ambiente "INDERENA", así como la Resolución No. 0689 de 22 de abril de 1980 de la misma entidad".

Ahora bien, la Resolución No. 1376 de 1980 –9 de julio–, cuya fotocopia aparece en folios 70 a 75 del cuaderno No. 3, es un acto administrativo que dice definir una situación concreta, individual, pues modifica "el artículo tercero de la Resolución No. J-0033 de febrero 8 de 1980, en lo relacionado al término para presentar los cálculos, memorias y planos otorgándose un nuevo plazo de cuatro (4) meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia". Igual carácter tiene la segunda resolución, que cronológicamente es la primera, o sea la No. J-033 de 1980 –8 de febrero– (fols. 52 a 58 Ibídem), dado que resuelve "suspender la utilización de la obra construida por los concesionarios Guillermo Neissa Rosas y Beatriz Giraldo de Neissa, a que se refiere la Resolución No. J-138 de mayo 17 de 1977", agregando que "en caso de comprobarse la utilización de la obra suspendida o de la obra modificada sin previa autorización de uso por parte del Inderena, se procederá a iniciar el trámite de caducidad de la concesión otorgada de acuerdo con lo establecido en el art. 248 del Acuerdo 1541 de 1978".

En cambio, del texto de la tercera resolución, la No. 0689 de 1980 –22 de abril– (fols. 67 a 68) se colige su calidad de acto administrativo objetivo y abstracto puesto que, como lo analiza el proveído recurrido según se ha observado *ut supra*, resuelve "reasumir" unas funciones que antes había delegado en el Gerente Regional Central, y delegar otras en los Jefes Seccionales de varios departamentos que enumera. No expresa su voluntad respecto a alguien o respecto a aspecto particular o circunscrito a una situación aplicable a todos los casos que tengan que ver con aguas o con bosques y que venían siendo atribuidas, por delegación, en unos funcionarios, y con otras que a su turno se delegan en otros servidores públicos.

No hay, por ende, ninguna duda de que, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción se demandó la nulidad de dos actos administrativos individuales y concretos y uno de tipo abstracto u objetivo, tal como concluyó la Sección Primera en la sentencia recurrida, lo que la llevó, según su criterio, a estimar que hubo indebida acumulación de acciones, lo que dio lugar a la inhibitoria por ineptitud de la demanda.

Pásase entonces a examinar si ello contraría las jurisprudencias citadas por el suplicante, así:

1. "*Cuando se trata de falsedad de motivos, se debe fallar en el fondo*".

Para sustentar dicha afirmación, como se ha visto *ut supra*, son transcritos apartes de dos fallos, uno de la Sección Segunda de esta Sala de lo Contencioso Administrativo, calendado a 3 de abril de 1972 con ponencia del consejero Rafael Tafur Herrán ("Anales", tomo LXXXII, 1er. semestre de 1972) y otro con

ponencia del consejero Guillermo González Charry ("Anales", tomo LXIV, Nos. 397-398, pp. 297 a 300), conforme a la certificación de la Relatoría. No se tiene en consideración lo sostenido en el primero, dado que el recurso extraordinario de súplica, al tenor de reiterada doctrina del Consejo y del primer inciso del art. 130 del C.C.A., tal como quedó con la modificación introducida por el art. 21 del Decreto Ley 2304 de 1989, sólo tiene cabida "contra los autos interlocutorios y las sentencias proferidas por las Secciones, cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la Jurisprudencia de la Corporación".

Ha de circunscribirse entonces la confrontación a la segunda jurisprudencia, que cronológicamente es anterior a la primera, y que, para mayor claridad se transcribe nuevamente tal como la trae el quejoso:

> "...sin que sea menester entrar a analizar la falsa motivación como fundamento para anular un acto administrativo, ni si ha de tenérsela o no como causal autónoma al efecto y demás disquisiciones a que el punto se ha prestado principalmente en la doctrina francesa, el hecho es que la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del fallo de la Sala Plena Contenciosa de fecha 25 de agosto de 1969 (sic) ha venido aceptándola como motivo de anulación pero solamente en cuanto entrañe desviación de poder o ejercicio de las atribuciones legales con fines distintos al buen servicio público, y desde luego también cuando se manifiesta la disconformidad de los motivos expresados, con la realidad...".

Y ello es apenas obvio. Cuando es posible entrar a estudiar el fondo de los planteamientos sustentados en la demanda, al exponer ésta falsa motivación como causal autónoma o subordinada para que se anule el acto acusado, el juez administrativo está en el deber de observar si el elemento del acto llamado "motivación" se halla en verdad afectado por el mencionado vicio, porque en la regularidad de las motivaciones descansan las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos. Pero si, por cualquier eventualidad, el juzgador encuentra que hay factores que le impiden conocer de la esencia de las exposiciones del libelo demandatorio, resulta patente que sería absurdo que se adentrara en cuestiones que ataquen la presunción de legalidad de un acto sobre el cual no podría discernir.

Como es sabido, la inhibición es un fenómeno procesal que nace de un defecto del libelo. Si por la demanda se inicia el proceso y si en ella y por ella se ejerce el poder de accionar y se deduce la pretensión, al decir de Arias (Curso de Derecho Procesal, Edit. M.B.A., 1974, p. 112), no son necesarias mayores disquisiciones para concluir que si peca gravemente en alguno de sus aspectos básicos, el juez administrativo no puede dirimir de fondo la controversia que plantee aunque el argumento fundamental que contenga para solicitar su pretensión sea "la falsedad de motivos".

La jurisprudencia arriba vista no dice en ninguna de sus proposiciones lo que enunciativamente arguye el censor, es decir, que, "cuando se trata de falsedad de motivos, se debe de fallar en el fondo", indefectiblemente. Se refiere a que la falsa motivación puede tenerse, bien como causal autónoma para anular un acto administrativo, bien como dependiente de una desviación de poder o ejercicio de las atribuciones legales con fines distintos al buen servicio público.

Entonces no existe contradicción alguna entre lo sostenido en el fallo recurrido y lo que indicó la antigua Sala de Negocios Generales de esta corporación en su sentencia del 12 de abril de 1962.

2. "Cuando el acto es complejo se deben demandar todos los actos que intervinieron en la actuación administrativa"

Bajo este rubro el impugnador trae apartes de cuatro sentencias, una –la de 22 de junio de 1954– dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando aún no se hallaba dividida en secciones ("Anales", tomo LX, Nos. 371-381, p. 75) con ponencia del consejero Manuel Buenahora; una segunda –la de 27 de octubre de 1972–, originaria de esta Sala Plena con ponencia consejero Carlos Portocarrero Mutis ("Anales", tomo LXXXIII, p. 429), y las otras dos (la de 28 de julio de 1980, "Anales", tomo LXXXIII, p. 429), y las otras dos (la de 28 de julio de 1980, "Anales, tomo XCIX, p. 326), ponencia del consejero Jacobo Pérez Escobar; y la de 23 de febrero de 1968, ("Anales", tomo LXXIV, 417-418, pp. 36 y ss., Primera. Se procede, por consiguiente, a examinar sólo las dos primeras que a la letra dicen:

a. "Hace indispensable que la demanda se encamine –cuando hay otros complejos– a obtener la nulidad de todo el proceso o actuación administrativa generadora de los perjuicios..."

b. "La concurrencia de dos o más personas u órganos administrativos en la formulación de la voluntad administrativa, como sucede entre otros, en los casos de los actos que conforman el procedimiento administrativo consagrado en el Decreto Ley 2733 de 1959, o en aquellos eventos en que la ley exige la aprobación de un Superior a lo resuelto por el inferior...".

Es suficiente observar que la tesis sostenida en ambos fallos es rigurosamente ortodoxa. Mas lo que ocurre consiste, sencillamente, es que la Resolución 0689 de 22 de abril de 1980 no forma acto complejo con las otras dos. La Resolución J-033 de 8 de febrero de 1980 y la Resolución 1376 de 9 de julio de 1980 son actos que definen o se refieren a una situación particular individual y concreta, mientras que la No. 0689 de 22 de abril de ese año se limita a reasumir, por parte de la Dirección General del INDERENA, unas funciones y a delegar otras, tratándose, por ende, de un acto administrativo genérico, sin ligazón o atadura

alguna con las anteriores, de manera que constituya con ellos una unidad, que es el rasgo predominante para que sea acto complejo, y como la naturaleza de las acciones que proceden contra los actos de contenido individual y contra los actos de estirpe genérica guardan una dicotomía en cuanto hace a sus pretensiones, no es posible acumularlas "por ser opuestas a contradictorias entre sí, es decir, que una de ellas excluya a la otra, porque atentan contra el principio de contradicción".

De allí, pues, que no ve la Sala oposición entre lo determinado por el fallo recurrido y la tesis jurisprudencial aducida.

En cuanto atañe a los puntos c), d), e) y f) del escrito de sustentación del recurso de súplica interpuesto, ha de anotarse que el estudio de ellos sería procedente en caso de prosperidad del mismo, o sea, en el evento de que tuviese que asumir esta Sala el papel de Tribunal de Instancia. Es por ello que, siendo impróspero, la Sala se abstiene de su análisis.

## DECISION:

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 extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 31 de agosto de 1989, dictada por la Sección Primera de esta Sala en el presente asunto.

Cópiese, notifíquese y vuelva el expediente al despacho de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada el día 30 de enero de 1990.

*Reynaldo Arciniegas Baedecker*, No Asistió; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate,* No Asistió; *Joaquín Barreto Ruíz, Carlos Betancur Jaramillo*, No Asistió; *Guillermo Chahín Lizcano,* No Asistió; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* Aclara el Voto; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez,* Aclaro el Voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona,* Aclara el Voto; *Carmelo Martínez Conn, Jorge Penen Deltieure, Julio César Uribe Acosta.*

*Nubia González Cerón*, Secretaria General.

**ACCION/ PRETENSION** (Aclaración de voto)

**He venido propugnando por la necesidad de una reforma legislativa que ponga fin a la terminología "acciones contencioso administrativas", para en su lugar consagrar la noción "acción contencioso administrativa", como figura jurídica procesal única, a través de la cual se puedan formular a la jurisdicción diversidad de pretensiones susceptibles de acumulación y que permita al juzgador proferir una decisión de fondo sobre todas ellas, o al menos, sobre las que sean de su jurisdicción y competencia.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*- Bogotá, marzo primero (1) de mil novecientos noventa (1990).

**ACLARACION DE VOTO**
**DEL DOCTOR ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO**

Expediente: S-127. Referencia: Recurso extraordinario de súplica. Actores y recurrentes: Guillermo Neissa Rosas y Beatriz Giraldo de Neissa

Aunque comparto la parte resolutiva de la sentencia que antecede, respetuosamente me aparto de su motivación en relación con los siguientes dos aspectos que, a mi modo de ver, son de fundamental importancia, a saber:

1. De una parte, en cuanto sostiene, innecesaria y erróneamente, a mi juicio, que la "acción de plena jurisdicción", (llamada luego "acción de restablecimiento del derecho" (Decreto 01 de 1984) y hoy en día conocida como "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" (Decreto Ley 2304 de 1989), "ha de encaminarse siempre contra actos administrativos creadores o modificadores de *situaciones individuales* y *concretas*" (p. 18 de la sentencia, sublíneas del texto). Esa consi-

deración, lo reitero, me parece no solo innecesaria para los efectos del recurso extraordinario interpuesto y la solución que al mismo le dió la Sala, sino errónea y peligrosa, pues su aparente inocencia apareja un regreso a la jurisprudencia que el Consejo de Estado sostuvo antes de 1961, conforme a la cual los actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas, particulares y concretas, solo podían ser impugnados mediante la "acción de plena jurisdicción" que consagraba el art. 67 de la Ley 167 de 1941. Esa posición restrictiva, que los considerandos de que me aparto parecen prohijar fue, como es por todos sabido, rectificada y abandonada a raíz de los salvamentos de voto de los H. H. Consejeros de Estado CARLOS GUSTAVO ARRIETA y ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA, desde el famoso fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 10 de agosto de 1961 ("Anales", Tomo 63, Nos. 392-396, pp. 200 y ss.).

2. En segundo lugar, en cuanto también innecesariamente llega a concluir, tal como lo hizo la Sección Primera en la sentencia recurrida, que por haberse demandado a través del contencioso subjetivo la nulidad de dos actos administrativos de contenido individual y concreto y uno de tipo abstracto u objetivo, "hubo *indebida acumulación de acciones*", cuando –si tal era el caso– ha debido hablar de indebida acumulación de *pretensiones* pues es bien sabido que "acción" y "pretensión" son, en el moderno derecho procesal, conceptos con un significado jurídico propio, que los hace inconfundibles: "acción es la facultad que tiene toda persona, como un derecho público de acudir ante los organismos jurisdiccionales del Estado, en orden a afirmar una determinada pretensión y ésta la expresión específica de ese derecho, una afirmación subjetiva en el sentido de que se tiene razón o que se tiene el derecho que busca hacer valer ante el competente organismo jurisdiccional". (H. Mora Osejo: "acciones Contencioso-Administrativas", en Comentarios al Código Contencioso Administrativo 2º ed., 1986, Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, pp. 127 y ss).

Dejo, en los anteriores términos, aclarado mi voto.

*Antonio J. de Irisarri Restrepo*

## ACLARACION DE VOTO
## DEL CONSEJERO DR. EUCLIDES LONDOÑO CARDONA

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*- Bogotá, D.E., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. S-127. Recurso Extraordinario de súplica. Actores: Guillermo Neissa Rosa y otra.

No obstante que voté afirmativamente la parte resolutiva de la sentencia, con todo respeto me aparto de la parte motiva, en cuanto en ella se sostiene que por haberse demandado a través del contencioso subjetivo la nulidad de dos actos administrativos de contenido individual y concreto y uno de tipo abstracto u objetivo "hubo indebida acumulación de acciones". No comparto esta apreciación, pues como bien lo enseñan distinguidos juristas, entre ellos, el doctor CARLOS RAMIREZ ARCILA el doctor MORA OSEJO, y lo recuerda en su aclaración de voto el honorable Consejero doctor ANTONIO J. DE IRISARRI RESTREPO la acción y la pretensión son, en el moderno derecho procesal, conceptos con un significado jurídico propio que los hace inconfundibles Ciertamente resulta acertada la distinción hecha por el doctor HUMBERTO MORA OSEJO, que dicho Consejero transcribe en la aclaración anotada, cuando dice:

> "Acción es la facultad que tiene toda persona, como un derecho público de acudir ante los Organismos Jurisdiccionales del Estado, en orden a afirmar una determinada pretensión y ésta la expresión específica de ese derecho, una afirmación subjetiva en el sentido de que se tiene razón o que se tiene el derecho que busca hacer valer ante el competente organismo jurisdiccional".

En los anteriores términos, dejo aclarado mi voto.

*Euclides Londoño Cardona*

**TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS/ ACCION/ PRETENSION** (Aclaración de voto)

**La jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual los actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas, particulares y concretas sólo podían ser impugnados mediante la acción de plena jurisdicción que consagraba el art. 67 de la Ley 167/41 es una posición restrictiva, que los considerandos de que me aparto parecen prohijar, la cual fue rectificada y abandonada a raíz de los salvamentos de voto de los consejeros Carlos Gustavo Arrieta y Alejandro Domínguez desde el fallo de agosto 10 de 1961.**

**En lugar de indebida acumulación de acciones, ha debido hablarse –si tal era el caso– indebida acumulación de pretensiones pues es bien sabido que "acción" y "pretensión" son, en el moderno derecho procesal, conceptos con un significado jurídico propio, que los hace inconfundibles.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-* Bogotá, D.E., seis (6) de marzo de mil novecientos noventa (1990)

**ACLARACION DE VOTO**
**DEL CONSEJERO DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ**

Referencia: Expediente S-127.

En el libro segundo de la parte segunda del Código , que se refiere al control jurisdiccional de la actividad administrativa, se habla:

de "Accion de nulidad", en el artículo 84,
de "Acción de restablecimiento del derecho", en el art. 85;

de "Acción de reparación directa y cumplimiento", en el art. 86.
de "Acciones relativas a contratos...", en el art. 87; y
de "Acción de definición de competencias administrativas", en el art. 88.

"Con la simple lectura desprevenida de los titulares enunciados podría llegar a pensarse que en verdad se trata de esa serie de acciones, pero lo primero que puede observarse es que, técnicamente hablando, no existen las acciones con los nombres que allí se relacionan. En todos estos casos, a la acción se la está denominando con el nombre de la pretensión que se puede hacer valer...". (La Pretensión Procesal, Carlos Ramírez Arcila, pp. 141 y 142).

Las razones sintetizadas por el H. Consejero, doctor Antonio J. de Irissarri Restrepo, en su aclaración de voto, que antecede, fueron las que tuvimos oportunidad de expresar quienes aclaramos nuestra decisión de votar favorablemente el proyecto de sentencia presentado a la Sala, y, por ello, lo comparto en su integridad.

No obstante, debo agregar que desde hace varios años he venido propugnando por la necesidad de una reforma legislativa que ponga fin, de una vez por todas, a la terminología "acciones contencioso administrativas", para en su lugar consagrar la noción "acción contencioso administrativa", como figura jurídica procesal única, a través de la cual se puedan formular a la jurisdicción diversidad de pretensiones susceptibles de acumulación y que permita al juzgador proferir una decisión de fondo sobre todas ellas, o al menos, sobre las que sean de su jurisdicción y competencia, puedan tramitarse por el mismo procedimiento, no se excluyan entre sí salvo que se propongan como principales y subsidiarias, o provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, como acontece en el procedimiento civil, que en ese aspecto nuestros legisladores extraordinarios en materia contenciosa administrativa desafortunadamente no han seguido la normatividad, como sí lo han hecho en otros, sin ser afortunados en ello.

Y es que, ni es técnico-jurídico seguir hablando en nuestras sentencias de "acumulación indebida de acciones" –siendo la acción un concepto unívoco–, ni es admisible que el eventual derecho sustantivo que las partes pretenden hacer valer a través de la acción, no merezca consideración alguna del juez, para concederlo o negarlo según su fundamento fáctico y de *iuris*, cuando el demandante equivocadamente, o no, incluye dentro de su pretensión de nulidad del acto administrativo de contenido individual, particular y concreto otro –que ni siquiera es de carácter general, impersonal y objetivo– que simplemente, para poder resolver un recurso gubernativo, dispone reasumir la competencia que se había delegado, en los términos de ley, en un órgano o funcionario subalterno (acto-condición), que a mi modo de ver no era del caso hacer, y si se hizo resultaba inocuo.

La sentencia inhibitoria, en casos como el presente y muchos más que a diario se dan, lleva a los administrados, en particular, y a los integrantes de la sociedad, en general, a no creer en la justicia colombiana, y eso es de extremada gravedad, ya que no puede subsistir un Estado de Derecho cuando los asociados dejan de creer en aquella o en las leyes.

El suscrito consejero de Estado confía en que, algún día, en nuestro país dejemos de hablar de "acciones contencioso administrativas", como noción que solo sirva para dogmatizar en seminarios, congresos y en la cátedra universitaria y para, lo que es más grave, eximirse de entrar a considerar el fondo del derecho eventualmente desconocido por el acto administrativo acusado, por simples defectos que no desconocen , la mayoría de las veces, ni el derecho de defensa y de audiencia, ni el debido proceso, ni el principio de contradicción o el de igualdad y lealtad procesal, ni ninguno otro que válidamente pueda servir de fundamento a este vicio generalizado de abstenerse de administrar justicia, evitando –como lo dice expresamente la ley procesal civil– la sentencia inhibitoria.

En los anteriores términos, dejo aclarado mi voto.

*Miguel González Rodríguez*

**COMPETENCIA/ PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA/ PRINCIPIO DE PERPETUATIO JURISDICCIONIS/ TRANSITO DE LEGISLACION**

**El problema que formal y aparentemente se refiere a un caso de competencia subjetiva, en el fondo también conlleva el de estar involucrado el principio de las dos instancias que rige a manera de norma general y que caracteriza a nuestros procesos judiciales. Las normas que regulan la competencia deben considerarse de trascendencia más amplia que las que se refieren al simple trámite de los procesos. El principio en materia de competencia es el de la conservación de la adquirida bajo la ley anterior que de antaño es conocido como "*perpetuatio jurisdiccionis*".**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*- Bogotá D.E., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente R-012. Actor: Luis Alberto Valencia Perea. Recurso de Revisión –Fallo–

Decide la Sala el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el apoderado judicial del señor LUIS ALBERTO VALENCIA PEREA contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación el 14 de febrero de 1985 la cual, por grado de consulta, revocó lo que había dictado a su favor el Tribunal Administrativo del Valle el 17 de febrero de 1984.

Se concreta la pretensión en que se anule y se deje sin efecto alguno la citada sentencia del Consejo de Estado y se deje en firme la dictada por el Tribunal.

En esta última el Tribunal anuló el acto que declaró insubsistente al actor de cargo con asignación mensual de menos de $ 50.000.oo (citador del juzgado del Circuito) y como consecuencia decretó varias prestaciones patrimoniales a su favor, mas no al reintegro del cargo. La Sección Segunda encontró el fallo contradictorio, pues a pesar de apoyarse y transcribir jurisprudencia de la Sección, resolvió al contrario de lo que ésta indicaba; por ello, revocó la sentencia consultada.

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Se apoya la solicitud de revisión en la causal 6a. del artículo 118 del C.C.A. (Decreto 01/84) que al respecto establece: "cuando existe nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso".

Y, la causal de nulidad que invoca con base en el artículo 152 del C. de Procedimiento Civil ("cuando el juez carece de competencia"), es la falta de competencia del Consejo por haberla perdido a raíz de la expedición del Decreto 01 de 1984.

> Explica el recurrente: "La razón de ser del cargo que se le endilga a la Sentencia proferida por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, necesariamente tiene íntima relación con el problema de la ley en el tiempo, ya que si la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle (de febrero 17 de 1984). Fue dictada como de doble instancia, en vigencia de la Ley 167 de 1941, sus efectos legales se produjeron cuando ya estaba rigiendo el Nuevo Código Contencioso Administrativo (marzo 1o. de 1984), y en donde el citado proceso de plena jurisdicción se tomaba como de única instancia".

Las fechas de los principales momentos del proceso, salvo de la demanda que debió ser anterior a 1984, son las siguientes:

17 de febrero de 1984: el Tribunal del Valle sentencia en el proceso No. 12185-782

1o. de marzo de 1984: comienza a regir el Decreto 01 de 1984 por el cual se reforma el C.C.A., que convirtió a de "unica instancia" los procesos sobre actos de destitución, insubsistencia y en general retiro del servicio cuando la asignación mensual no exceda de $ 50.000.oo (penúltimo inciso No. 6 art. 131).

14 de febrero de 1985: el Consejo de Estado-Sección Segunda revoca la anterior sentencia, por contradictoria.

El recurso se basa en que por aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y el 266 del C.C.A., de iguales términos las normas de procedimiento son de aplicación inmediata. Puesto que el nuevo estatuto que entró a regir el 1o. de marzo de 1984 estableció la competencia de los Tribunales en *única* instancia para los procesos laborales que impliquen retiro del servicio "cuando la asignación mensual corespondiente al cargo no exceda de cincuenta mil pesos (50.000.oo), el Consejo de Estado carecía de competencia cuando avocó el conocimiento de la sentencia sometida a su consulta".

Invoca a su favor providencia que dictó la misma Sección Segunda en abril 22/85 (Expediente No. 11.487) en la cual consideró que no procedía consulta en un caso similar.

La señora Fiscal Quinta de esta corporación respalda la pretensión de actos con argumentos similares, apoyados en los artículos ya mencionados y recalca que cuando empezó a surtirse la notificación de la sentencia, el 20 de marzo de 1984, ya había empezado a regir el nuevo C.C.A. en cuyo art. 131 No. 6 inciso 3° se estableció como de única instancia esta clase de procesos. En consecuencia, para la señora Fiscal, "no cabe duda alguna que al no ser susceptible de recurso de apelación la sentencia del 11 de febrero de 1984 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, no procedía entonces la consulta ante el H. Consejo de Estado, Sección Segunda". Por tal motivo se configura la causal de nulidad del No. 2 del art. 152 del C. de P. C. y coetáneamente la causal sexta de revisión contemplada en el art. 188 del C.C.A., debiendo accederse a la pretensión del libelista.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La tesis invocada por el recurrente y acogida por la Fiscalía, parte del supuesto de que las normas relativas a la "competencia" del juez, son normas comunes de procedimiento que al entrar en vigencia se aplican en forma inmediata tanto a los nuevos procesos como a los ya iniciados bajo el principio de "a etapa nueva, derecho nuevo".

Examinada con dicha perspectiva las disposiciones que regulan el tránsito de legislación en esta materia, tanto el art. 40 de la Ley 153 de 1887 como el art. 266 del Decreto 01 de 1984, se concluye, como lo hizo la señora Fiscal, que por haberse realizado "la notificación" de la sentencia en plena vigencia del Decreto 01/84 producía efecto inmediato y convertía el negocio en proceso de única instancia y no de dos, como lo era en la legislación anterior al nuevo estatuto.

No obstante, parar la Sala, el problema que formal y aparentemente se refiere a un caso de competencia subjetiva, en el fondo también conlleva el de estar involucrado el principio de las dos instancias que rige a manera de norma general (art. 2° del C. de P.C.) y que caracteriza a nuestros procesos judiciales. Este principio, de raigambre democrática, como se sabe, va contra la concentración de poder en un solo juez y persigue en el caso especial de esta jurisdicción el doble papel de buscar una decisión más justa cuando es adversa la del primer juez y la defensa de las entidades públicas, mediante el grado de consulta de las sentencias adversas a ellas. Uno de los efectos de esta perspectiva, es la de que las normas que regulan la competencia deben considerarse de trascendencia más amplia que las que se refieren al simple trámite de los procesos. Esto es, que hay algo más sustancial, cual es el derecho del actor de someter su caso al examen de dos jueces en vez de uno y en el de las entidades públicas, que las condenas a su cargo sean revisadas por el superior. Son estos derechos que se adquieren al iniciarse el proceso y que no están exceptuados ni menguados por el art. 40 de la Ley 153/87 que consagra la prevalencia de la nueva ley en materia de sustentación y ritualidad de los juicios".

Síguese de ahí que el principio en materia de competencia es el de la conservación de la adquirida bajo la ley anterior que de antaño es conocido como "*perpetuatio jurisdiccionis*" y que esta fundado implícitamente en el general que en materia de tránsito de legislación consagran los arts. 20-26-28-38-39 y 41 de la citada Ley 153 de 1887 cuyo estudio llevó al Consejero Miguel Betancur Rey a las siguientes conclusiones:

"Trasladado dicho principio a la competencia, resulta:

"1. Que ésta se adquiere con arreglo a la Ley vigente a la hora de presentación de la demanda y, como la ley nueva sólo rige para el futuro, la que cambie las reglas de adquisición de la competencia ha de aplicarse únicamente a las demandas que se presenten a partir del momento en que ella empieza a regir.

"2. Que tal cambio introducido por la ley nueva no constituye causal de pérdida de la competencia adquirida conforme a la anterior, a menos que la ley nueva lo disponga así expresamente: por ello, por constituir excepción a este principio general, fue preciso establecer de manera expresa lo dicho en la primera parte del inciso 2° del art. 266 del Decreto 01 de 1984, pero reafirmando enseguida el principio tanto en la segunda parte del mismo inciso ("siempre que no se haya dictado auto de citación para sentencia") como en el inciso 3° de tal artículo.

"3. Que la competencia adquirida con arreglo a la ley anterior, lo mismo que la adquirida conforme a la ley nueva, termina por las causales de extinción consagradas por ésta".

...".

Salvamento de voto a sentencia de julio 17/85 Exp. 11.096 Anales 2o., semestre/85 p. 752).

Tesis que fue acogida por la Sala Plena en providencia del 10 de febrero de 1987, Exp. No. C-036, en el cual se hizo referencia a otros autos así:

"...

"Que ya en varios autos originados en el cambio del Código Contencioso Administrativo, ella ha dicho que la competencia por el factor territorial adquirida en un proceso iniciado bajo el imperio de la Ley 167 de 1941 no se modifica por la entrada en vigor del Decreto 01 de 1984. Así, en estos dos autos, el primero del ponente y el segundo de la Sala Plena del Consejo: De 1o. de octubre de 1984 (fl. 49 del expediente) y de julio de 1985, expediente 11096, Actor: Jesús Benjamín González Peñaranda (Miguel González Rodríguez, fl. 402).

...".

(Anales 1er. semestre 1987, Vol. 11 pp. 2-177).

En resumen, si al dictarse la sentencia de primera instancia el 17 de febrero de 1984 estaba sometida al grado de consulta, el Consejo de Estado no perdió su competencia para resolverla al entrar en vigencia el 1o. de marzo el Decreto 01 de 1984.

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

**FALLA:**

No prospera el recurso incoado contra la sentencia del 14 de febrero de 1985 de la Sección Segunda de esta Corporación.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la Sección de origen. Cúmplase.

Se de ja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

*Consuelo Sarria Olcos,* Vicepresidenta; *Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja,* Ausente; *Joaquín Barreto Ruíz, Guillermo Benavides Melo,* Ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado,* Ausen-

te; *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*, Ausente; *Jorge Penen Deltiure*, Ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez*

*Nubia González Cerón*, Secretaria.

**CARRERA ADMINISTRATIVA/ CARGO DE CARRERA**

**Los derechos inherentes a la carrera amparan al funcionario inscrito en ella con relación al cargo al cual llega con cumplimiento de los requisitos de la misma, pero no se extienden a cargos que llegue a ocupar sin tales requisitos.**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION** - Técnica

**La presentación en forma global del único cargo contra la sentencia, se aparta de la técnica adecuada a este recurso en el que el juez requiere la demostración de la forma y grado como el fallo violó la norma sustancial.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*- Bogotá, D.E., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. A-073. Actor: Daniel Eduardo Ronderos Tobón. Recurso anulación –Fallo–

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado judicial del actor DANIEL EDUARDO RONDEROS TOBON contra la sentencia del 27 de noviembre de 1987 proferida en única instancia por la Sección Segunda de esta Corporación y mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

## ANTECEDENTES

La demanda de instancia persiguió en acción de plena jurisdicción de carácter laboral que se declarara nula la resolución de la Junta Directiva de TELECOM mediante la cual se declaró insubsistente del cargo de Vicepresidente que ejercía el actor y como restablecimiento del derecho se pidió el reintegro y el pago de las prestaciones monetarias correspondientes. En subsidio pidió el reintegro al cargo de Profesional III, grupo 10 pero como "funcionario de carrera administrativa" e igualmente el pago de las respectivas prestaciones económicas.

En términos resumidos los principales elementos fácticos que motivaron la controversia se reducen a lo siguiente: el Ingeniero Ronderos se vinculó a Telecom en el mes de febrero de 1965 y en noviembre de 1972 fue inscrito en el Escalafón de la Carrera Administrativa como profesional grado III-10. Sucesivamente fue ascendido y luego de la reestructuración de la entidad llegó a ocupar los cargos de carrera de Asistente Ejecutivo y Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales, tales promociones no se hicieron por concurso, aspecto que acepta el recurrente.

Por medio de Resolución del 21 de septiembre de 1982 se declaró insubsistente del cargo de Vicepresidente y por resolución independiente de la misma fecha se le designó en un cargo como profesional III, 10, cargo que no aceptó por considerarlo lesivo a su carrera.

## LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sección Segunda resumió los fundamentos para no aceptar las pretensiones del actor en los siguientes párrafos que el propio recurrente destaca:

> "Se dice en el hecho 36 de la demanda: "El 19 de agosto de 1982, el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil (E) le comunicó a mi poderdante que el cargo de Vicepresidente de Telecomunicaciones Rurales no era de libre nombramiento y remoción sino de carrera administrativa (fl. 12).
>
> "Esta afirmación está corroborada por el documento visible a folio 161. Pues bien, *si el cargo de Vicepresidente de la empresa no es de libre remoción sino de carrera y el actor lo ejerció, como en efecto lo hizo, sin el lleno de los requisitos que exige el ingreso a la carrera, resulta obvio que no tenía ningún amparo dentro de los cauces legales que consagran la facultad discrecional de la Administración respecto de los empleados de libre remoción* quienes pueden ser declarados insubsistentes por la autoridad nominadora sin sujeción a los procedimientos establecidos en la ley o reglamento para los empleados inscritos en la carrera. No se extralimitaron, pues los poderes públicos como sostiene el accionante".

"En otra parte fundamental del fallo se expresa:

"No acredita el actor el haber llegado a este cargo por concurso, que es el presupuesto fáctico exigido por la Ley (inciso segundo, art. 222 Decreto 150 de 1973), para obtener el fuero de estabilidad que da la carrera, entendido como el derecho de "permanecer en el servicio" cuando no es atendido por mérito, *de acuerdo con los reglamentos de la carrera* (art. 46 Decreto *sub lite*, un empleado llega a ejercer, sin el previo cumplimiento de los requisitos legales, un cargo de superior categoría a aquella en que está inscrito en el Escalafón, mal puede alegar un fuero que la ley no le otroga, por cuanto el ascenso no se operó conforme a derecho. El acceso a un cargo de carrera no significa, en manera alguna, que el fuero se mantenga en posiciones diferentes".

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO

El único cargo que formula el señor apoderado consiste en "interpretación errónea de los artículos 25, 40, 46 y 47 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 180 y 227 del Decreto 1950 de 1973".

Estima que según el artículo 46 del Decreto Ley 2400/68 la inscripción en el escalafón de la carrera señala el momento en el que el inscrito adquiere el derecho a permanecer en el servicio, derecho que subsiste mientras no ocurra alguna de las causales previstas en el art. 25. "Por consiguiente es equivocado entender que el derecho de permanecer en el servicio pueda perderse por un hecho o circunstancia distintos y ajenos a la voluntad o a la persona del inscrito, como sería un acto de la administración que lo promoviera o ascendiera a otro cargo perteneciente al escalafón de la misma sin mediar los requisitos previos señalados en la ley...".

Estima que de abrirse camino esta interpretación se le darían herramientas a la Administración para desconocer la Carrera mediante promociones ilegales a funcionarios de carrera para dejarlos por fuera del servicio sin ocurrir ninguna de las causales de ley. Concluye expresando que "es manifiesta la incidencia de la violación aducida, pues si la interpretación de las normas legales ya mencionadas hubiere sido correcta, en la parte resolutiva de la sentencia se habían accedido y no negado las peticiones de la demanda, toda vez que en materia de hechos y de pruebas no se hace por lo demás, reparo alguno y la propia sentencia reconoce probada la inscripción en el escalafón y la continuidad ininterrumpida del funcionario del servicio de la Empresa, desempeñando cargos pertenecientes al escalafón de la carrera".

## LA PARTE OPOSITORA

Previa transcripción de los cuatro artículos con fuerza de ley y de los dos de reglamento en que se apoya el recurrente y una razonada crítica aunque con aceptación de la jurisprudencia de esta Sala del 14 de mayo de 1985 sobre la adopción del concepto de "violación directa de la ley" en un sentido amplio en el cual le dio cabida al de interpretación errónea que en su sentir no cabría, el apoderado de la entidad demandada se opone a la pretensión de anulación y defiende el fallo de la sección, en síntesis con los siguientes argumentos principales:

- Error de técnica en la formulación del cargo consistente en que el actor se limitó a señalar como "interpretación errónea" pero en forma general, no individual con relación a cada una de las normas invocadas, sino en conjunto, el mismo argumento presentado en la instancia, con lo que se contraría la técnica del recurso extraordinario que no es una nueva instancia. Presentado en forma global el mismo argumento, el concepto de "interpretación errónea" de la ley viene a ser toda aquella que no concuerde con la del demandante.

En un análisis del fallo recurrido, lo defiende en los siguientes aspectos: con relación a la alegada violación de derechos adquiridos, expresa que los requisitos exigidos por la ley para el derecho de inamovilidad relativa derivado del escalafón, fueron quebrantados por el funcionario demandante desde el momento que aceptó y desempeño un cargo superior, luego mal puede alegar posteriormente en su favor derecho adquirido de estabilidad cuando fue él quien incumplió los requisitos exigidos por la ley; la garantía a los derechos adquiridos, según el artículo 30 de la Constitución, comprende a los derechos adquiridos pero siempre que lo sean "conforme a las leyes".

- Sobre las circunstancias que el recurrente le atribuye a la sentencia en el sentido de que es darle a la Administración herramientas para desconocer los derechos inherentes a la carrera, serviría también como argumento válido para sostener que si la promoción o ascenso de un funcionario sin mediar concurso es válido, también se le estarían dando herramientas a la Administración para desconocer los fundamentos de la Carrera.

- La interpretación de la ley, consignada en la sentencia es lógica y jurídica, conclusión que respalda con un análisis de varias normas del Decreto 2400/68, a saber:

- El artículo 40 sienta el objetivo de la carrera que somete a las reglas del estatuto allí consignado; el artículo 42 (refrendado por el 44) preceptúa que la única posibilidad para acceder a ascender dentro de la carrera es por méritos y mediante oposición o concurso; el artículo 46 garantiza el derecho al inscrito a

permanecer bajo la condición del servicio eficiente y honesto y el derecho al ascenso por méritos y de acuerdo a los reglamentos, los cuales desarrollan esta idea cardinal del sistema, pero con relación a quien cumple, no a quien incumple los reglamentos. Se apoya en la jurisprudencia de 1979 citada en la misma sentencia impugnada, en otra de mayo 20 de 1983 y en concepto de la Sala de Consulta de junio 27/85; finalmente invoca que el propio Legislador plasmó este enfoque en el art. 2° de la Ley 61 de 1987.

## EL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Fiscal Cuarto Dr. Gartner Tobón con la advertencia de que su estudio pueda tildarse como de "instancia", aclara que no encuentra manera distinta de establecer la violación directa de la norma sustantiva, "si no es haciendo referencia a los hechos probados que ameritan el otorgamiento del derecho que se reclama y no se da".

Considera que el actor alegó y probó que era funcionario de carrera al momento de la desinvestidura que impugna y al considerar que su remoción discrecional resultaba contraria a los artículos 26, 46, 47, 61 del Decreto 2400/68 y artículos 30, 31, 32, 109, 215, 240, 241, 242, del Decreto Reglamentario 1950/73 estaba asistido de razón, pues todo ese ordenamiento jurídico, armónicamente interpretado, no lleva a conclusiones distintas de las que ha sostenido la misma Sección Segunda en fallos como el del 28 de julio de 1988 expediente No. 1478 (actor Lucas Pinto –Consejera Dra. Clara Forero de Castro) que incorpora a su vista fiscal. (En igual sentido, ver Sala Plena Exp. S-031 sentencia No. 154 de julio 8/88) según dicha jurisprudencia:

> – Cuando el funcionario inscrito en el escalafón es promovido a otro, no pierde por el solo hecho el escalafón y en consecuencia continúa gozando de los derechos inherentes a la carrera.
>
> – Dentro de las causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera que consagra el art. 47, no contempla la de pasar a otro cargo, así sea de superior categoría.
>
> – Que el art. 49 del Decreto 2400 fue declarado inexequible por la Corte.
>
> – "Para la Sala no hay duda acerca de que, mientras no se produzca cesación definitiva de funciones por las causas anotadas, el empleado inscrito conserva los derechos propios de la carrera aún pasando a otro u otros cargos".

A pesar de que el señor Fiscal considera que por adopción de lo expuesto en esta sentencia el caso en estudio debe prosperar la pretensión del actor, no reparó en los siguientes apartes que no son favorables a la tesis de anulación o

por lo menos, a que no puede generalizarse y la solución depende de las circunstancias que distinguen a cada caso. en efecto, la sentencia de julio 28/88, continúa con las siguientes consideraciones:

> "Sin embargo, es necesario precisar, cuál es en esa situación, el alcance de la protección derivada de la carrera.
>
> "El escalafonamiento garantiza al funcionario, que no será removido del cargo en el cual está escalafonado, sino por las causas legales y previo el adelantamiento de un proceso disciplinario. Si ha sido trasladado a otro, la garantía de estabilidad se mantiene, pero referida a los términos exactos del escalafón. Por eso, el empleado trasladado podría por ejemplo, ser devuelto a su cargo inicial, sin que con ello se le vulnerara ningún derecho.
>
> "Y no puede ser de otra forma, puesto que para lograr reclasificación en el escalafón por ascenso, sería indispensable comprobar que se tienen los requisitos para desempeñar el otro cargo y merecerlo mediante concurso.
>
> "No existe reclasificación automática en el escalafón, como no existe tampoco inscripción automática en el mismo; es necesario obtenerla por los medios legales.
>
> "Siendo ello así, cuando el empleado es ilegalmente separado del servicio, como en el presente caso, el reintegro debe ordenarse al cargo en el cual estaba escalafonado, pues ninguna norma obliga a mantenerlo en otro diferente y respecto al cual no goza de esa garantía de estabilidad "...".

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Ya desde el fallo del 14 de mayo de 1985 (Exp. 010) la Sala al precisar alguna de las características del recurso extraordinario de anulación, expresó que "en modo alguno constituye una tercera instancia" y que "el carácter de directo" de la violación resulta de enfrentar objetivamente y sin intermediación alguna los términos de la sentencia con los de la norma constitucional o legal sustancial para deducir si ésta dejó de aplicarse, o se le dio aplicación indebida o fue interpretada erróneamente, únicas vías que para el efecto señala la lógica".

En cuanto el concepto de la interpretación errónea (que es en el que dice apoyarse el impugnador de la sentencia) la Sala en otra ocasión expresó:

> "En caso de interpretación errónea de la ley es bien diferente: en efecto, el yerro del juzgador recae no sobre la premisa menor del silogismo sino sobre la premisa mayor del mismo, no por que la equivocación recaiga sobre la subsistencia, existencia o determinación de la norma, lo que inducirá a falta de aplicación de la ley, sino sobre el contenido de la ley, en la forma como

el juzgador lo entienda, pues supone que la ley no es clara, que debe ser interpretada, y que el juzgador ha de decidir cuál es el pensamiento recóndito de la norma que intenta aplicar y ésto, como único medio para poder aplicarla rectamente" (Expediente No. R-095 sentencia de julio 12/88 EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA julio-septiembre/88 pág. 66).

En realidad como lo observa el defensor de la entidad pública, la presentación en forma global del único cargo contra la sentencia aunque soportado en varias normas legales y reglamentarias, se aparta de la técnica adecuada a este recurso en el que el juez requiere la demostración de la forma y grado como el fallo violó la norma sustancial. El escrito en mención exige de una paciente labor de interpretación para vincular con alguna de las varias normas invocadas el cargo consistente en que el derecho de un funcionario de carrera a permanecer en el servicio, está condicionado a que los ascensos se ajusten a las exigencias por mérito que prevé el estatuto "por manera que si la propia Administración hace un ascenso sin el cumplimiento de tales exigencias o requisitos el funcionario queda por fuera de la carrera y pierde, por consiguiente, el derecho a permanecer en el servicio".

Observa la Sala que ese no fue el raciocinio de la Sección Segunda, ni corresponde al análisis que hizo del caso plantado a su consideración.

La sentencia concluyó en que "el acceso a un cargo de carrera no significa, en manera alguna, que el fuero se mantenga en posiciones diferentes "en interpretación que la Sala encuentra acertada del art. 46 del Decreto 2400/68 que confiere el empleado inscrito entre otros, "el derecho de permanecer en el servicio" bajo la condición de prestarlo con eficiencia y honestidad y además "el de ascenso por mérito de acuerdo con los reglamentos de la carrera".

Establecido por la ley que el derecho a los ascensos debe hacerse en tales condiciones, no se observa en la sentencia interpretación equivocada sino su correcta aplicación al caso en que precisamente no se daban los presupuestos de la norma, como el debatido, en el cual pudo llegarse al cargo por los méritos personales quizás, mas no "de acuerdo con los reglamentos de la carrera" (oposición, concursos, etc.).

Al modo de ver de la Sala, la interpretación de la sentencia al fenómeno planteado consistió fundamentalmente en que los derechos inherentes a la carrera amparan al funcionario inscrito en ella con relación al cargo al cual llega con cumplimiento de los requisitos de la misma, pero no se extienden a cargos que llegue a ocupar sin tales requisitos. Es ese el sentido de la frase de que "el acceso a un cargo de carrera no significa que el fuero se mantenga en posiciones diferentes".

No se observa en ello interpretación violatoria de la ley, como tampoco ve en la aplicación que hizo la Sección al caso, en el cual la administración previa desvinculación del cargo al cual había "ascendido" el demandante, sin concurso ni observancia del reglamento, lo llamó de nuevo a servicio al cargo de nivel igual al escalafón en donde estaba inscrito sin desconocer, sino al contrario, respetándole así el derecho a "permanecer en el servicio".

Cosa distinta es que el funcionario demandante no haya aceptado este último nombramiento, renunciando así a su derecho, lo cual constituye otro problema cuya solución no puede darse a la luz de las normas citadas y menos aún bajo la supuesta "errónea interpretación" que se le atribuye al fallo, sin precisión de las respectivas disposiciones.

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

**FALLA:**

No se accede a decretar la nulidad de la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la Sección de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

*Consuelo Sarria Olcos*, Vicepresidente; *Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Joaquín Barreto Ruíz, Guillermo Benavides Melo,* Ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado*, Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Jorge Penen Deltieure*, Ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales*, Conjuez.

*Nubia González Cerón,* Secretaria.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION** - Técnica

**Tanto del concepto de la violación, como de la transcripción de la sentencia se infiere que no se trata de una infracción directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, sino de una falla probatoria que fue determinante de la sentencia en cuyo caso la violación no puede ser sino indirecta, la cual está descartada como causal de anulación por ministerio de la ley.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-* Bogotá, D. E., diez y siete (17) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. A-030. Actor: Leonardo Polo Silguero recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de febrero 12 de 1987, de la Sección Segunda del Consejo de Estado. FALLO.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado de LEONARDO POLO SILGUERO contra la sentencia proferida el 12 de febrero de 1987 por la Sección Segunda de esta Corporación, por la cual se revocó la dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 10 de septiembre de 1985 declarándose inhibida para pronunciamiento de mérito por falta de competencia.

**ANTECEDENTES:**

El señor LEONARDO POLO SILGUERO en uso de la acción de plena jurisdicción pidió ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, que se declarara la nulidad de la Resolución No. 0534 del 25 de octubre de 1982 emanada de la Electrificadora de Bolívar S.A., por la cual se le separó del cargo de Abogado

Jefe de Personal de la entidad referida. Asi mismo pidió se le restableciera en el derecho conculcado ordenando a la demandada se le reintegrará al cargo que desempeñaba al momento de ser desvinculado y se hicieran a su favor las demás declaraciones contenidas en la demanda.

En la sentencia de primera instancia (fls. 126/133 cuaderno principal). El Tribunal Administrativo de Bolívar negó las peticiones formuladas en la demanda.

Apelada dicha sentencia, la Sección Segunda de esta Corporación revocó la providencia del Tribunal y se declaró inhibida para pronunciamiento de mérito basándose en la falta de competencia pues "en el caso *sub-lite* se hecha de menos la prueba de los estatutos que le puedan dar al actor la categoría de empleado público por la actividad que desarrollaba en la sociedad como requisito o presupuesto que le otorgue al Consejo de Estado competencia para proferir una decisión de mérito".

El fallador expone la causa de su inhibición en los términos siguientes: "...de otra parte establece el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, como regla general, que las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales. Y por vía exceptiva, empleados públicos, aquellos servidores que desempeñen actividades de dirección y confianza, especificada en los correspondientes estatutos. Por eso quien dentro de un proceso pretenda esta última calidad debe necesariamente acreditarla con la prueba de los estatutos, de lo contrario su situación laboral con la empresa estatal queda cobijada por la regla general que le asigna la categoría de trabajador oficial".

## EL RECURSO DE ANULACION:

Primer cargo: Invoca como causal primera de anulación por violación directa de la ley, por interpretación errónea del artículo 5°, inciso 2° del Decreto Ley 3135 de 1968, que preceptúa que las personas que prestan los servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, y que "los estatutos de dichas empresas precisarán que actividades de dirección y confianza deban ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Desarrolla el cargo diciendo que, "se violó la ley al aplicarse esta norma, pero equivocadamente porque se le dió al supuesto de hecho la consecuencia jurídica un sentido distinto del que tiene".

"En efecto, se afirma en la sentencia, transcribiendo el concepto fiscal que "el demandante tenía el deber procesal de acreditar con la única prueba admisible para tal efecto, los estatutos de la entidad demandada, la calidad de empleado público, consagrada en ellos de la forma que determina la ley y que ha esclarecido de manera palmaria la jurisprudencia, pues solo en tal status le sería aplicables a las normas que deduce como agraviadas en la demanda y sería competente la jurisdicción Contenciosa Administrativa para conocer de la controversia suscitada por la alegada violación. Ocurre, empero, que en el expediente se hecha de menos el cumplimiento de dicha carga procesal, lo cual conduce a la conclusión, por falta de la demostración aludida y aplicación consecuente del principio general, insito en el inciso $2^{o}$ del artículo $5^{o}$ del Decreto Ley 3135 de 1968 a que se ha hecho referencia, de que el actor era un trabajador oficial ligado a la entidad demandada por un contrato ficcionado o presunto de trabajo".

Y continúa después de la transcripción anterior:

"Sin embargo, considero con el mayor respeto, en primer lugar que ninguna norma establece como única prueba de la calidad de trabajador oficial o empleado público los estatutos; porque en Colombia fue abolida la tarifa legal de prueba y se cambió "por la apreciación", de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

## SE CONSIDERA:

Como es sabido, el recurso de anulación fue abolido, pero como este fue interpuesto bajo la vigencia del artículo 194 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, debe la Sala decidirlo:

El artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, restringió las causales para anular una sentencia a la "violación directa de la Constitución Política o de la Ley Sustantiva". Por tanto, quedó excluido de dicho recurso extraordinario toda cuestión de hecho, y así lo ha ratificado esta corporación en Sala Contenciosa en distintas ocasiones.

Que la cuestión es probatoria, no cabe duda alguna. En efecto, la decisión inhibitoria de la Sección Segunda tiene su fundamento en el siguiente párrafo de la parte motiva de la sentencia impugnada. Dijo la Sala luego de transcribir el concepto fiscal:

"La Sala comparte íntegramente los argumentos esbozados por el colaborador fiscal, los cuales hace suyos. Simplemente quiere hacer hincapie, en la naturaleza de Electrificadora de Bolívar S.A., como una entidad descentralizada indirecta de orden nacional, como lo certifica la Cámara de Comercio de Carta-

gena (fls. 32 a 34), y, por lo consiguiente, gobernada por el régimen legal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, o sea el Decreto 3130 de 1968".

"De otra parte establece el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, como regla general, que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, por vía exceptiva, empleados públicos, aquellos servidores que desempeñan actividades de dirección y con- fianza especificadas en los correspondientes estatutos. Por eso, quien dentro de un proceso pretende esta última *calidad debe necesariamente acreditarla con la prueba de los estatutos*, de lo contrario su situación laboral con la empresa estatal queda cobijada por la regla general que le asigna la categoría de trabajador oficial".

"En el *Sub-Lite* se hecha de menos la prueba de los estatutos que le pueda dar al actor la categoría de empleado público por la actividad que desarrolla en la sociedad como requisito o presupuesto que le otorgue al Consejo de Estado competencia para proferir una decisión de mérito".

"Ante la imposibilidad anterior, y sin que sea menester ahondar en más consideraciones, la Corporación se verá precisada a producir un fallo inhibitorio y, consecuencialmente a revocar la sentencia de primera instancia objeto del de apelación".

Queda claro, entonces, tanto del concepto de la violación, como de la transcripción anterior de la sentencia, que no se trata de una infracción directa de la Constitución Política o de la Ley sustantiva, sino de una falla probatoria que fue determinante de la sentencia en cuyo caso la violación no puede ser sino indirecta, la cual está descartada como causal de anulación por ministerio de la ley.

Para que no quede ninguna duda en relación con la decisión de la Sección Segunda de esta Corporación en la sentencia cuya anulación se pide, es procedente transcribir el artículo 5° del Decreto Ley 3135 de 1968, cuya violación se acusa. Dice así:

"Empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo".

"Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán que actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Siendo la Electrificadora de Bolívar, una empresa comercial del Estado, excepcionalmente las personas que trabajan a su servicio están ligadas a ellas por relación de servicio público y sólo en el respectivo reglamento debe señalarse cuáles servidores son empleados públicos, ausencia probatoria que determinó la decisión inhibitoria. Por tanto, se rechaza el cargo.

Segundo cargo: Violación de la Ley Sustantiva por falta de aplicación del artículo 82 del Decreto 01 de 1984, que preceptúa en su inciso $1^{o}$: "objeto de la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo. La jurisdicción en lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos o hechos administrativos de las entidades públicas. Se ejercerá por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución Política y de la Ley".

Desarrolla la acusación el recurrente diciendo: "Que la norma fue violada en la sentencia objeto de este recurso extraordinario de anulación al negarse el Consejo de Estado a pronunciarse sobre el fondo de la controversia originada en el acto administrativo, como es la Resolución No. 0534 de 1982, mediante la cual se declara la insubsistencia del actor, como empleado público que era en el cargo de dirección y confianza como jefe del Departamento de Personal de la Electrificadora de Bolívar S.A.,".

La norma contiene una declaración general sobre competencia de la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, pero el actor rehuye la cuestión fundamental que determinó la decisión de la Sección Segunda en la sentencia acusada, cual es la falta de la prueba en el proceso que el artículo 5o del Decreto Ley 3135 ya transcrito, exige para acreditar que la relación de un servidor con una empresa comercial del Estado es pública y no relación de trabajo. Como el actor no aportó la prueba requerida por la Ley, la competencia del Consejo de Estado no se acreditó y por lo mismo debió abstenerse o inhibirse para fallar porque como es sabido, sin competencia no puede haber decisión válida y el Consejo de Estado sólo podía decidir si se acreditaba por el actor que su relación con la empresa oficial demandada, era pública y no de trabajo. Se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, oído el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

## FALLA:

1. No prospera el recurso de anulación.

2. Condénase en costas el recurrente. Tásense.

3. Vuelva el expediente a la Sección de origen.

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.

*Antonio Jose De Irisarri Restrepo*, Presidente, Aclaración de voto; *Jaime Abella Zárate, Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo,* Ausente; *Joaquín Barreto Ruíz*, Ausente; *Carlos Betancur Jaramillo,* Aclaración de voto; *Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Chahín Lizcano,* Aclaración de voto; *Gustavo de Greiff Restrepo,* Aclaración de voto; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna,* Aclaración de voto; *José Ignacio Narváez García,* Conjuez; *Carmelo Martínez Conn, Jorge Penen Deltieure, Simón Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos*, Aclaración de voto; *Julio César Uribe Acosta,* Aclaración de voto.

*Nubia González Cerón,* Secretaria General.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION / FALLO INHIBITORIO** - Improcedencia/ **COMPETENCIA** - Naturaleza (Aclaración de voto)

**La sentencia objeto del recurso de anulación debió denegar las súplicas de la demanda y no declarar la inhibición. La competencia de los organismos jurisdiccionales no es un problema probatorio. La competencia la señala la ley y ésta no es objeto de prueba o "*thema prodandum*". La prueba del vínculo que ataba al demandante con la entidad demandada no puede tomarse como un presupuesto procesal de la demanda y menos de la acción. No existe duda de que la competencia del juez es un presupuesto procesal, pero este presupuesto no se prueba, simplemente se alega.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-* Bogotá D.E., noviembre tres (3) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

**ACLARACION DE VOTO**
**DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO**

Referencia: Expediente No. A-030. Actor: Leonardo Polo Silguero.

Magistrado ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Con todo respeto presento mis discrepancias en torno a la sentencia de 17 de octubre del presente año aprobada por la mayoría, pero sólo en lo que toca con la motivación de la misma.

Son razones de esta aclaración:

1. La sentencia del 12 de febrero de 1987 objeto del recurso de anulación, dictada por la Sección Segunda de esta Corporación, debió denegar las súplicas de la demanda y no declarar una inhibición.

La competencia de los organismos jurisdiccionales no es un problema probatorio. La competencia la señala la ley y ésta no es objeto de prueba o *thema probandum*.

2. Si el demandante alegó ser funcionario vinculado estatutariamente a Electrificadora de Bolívar S.A., le incumbía la demostración de este extremo, además de otros, como supuestos para poder obtener un fallo de fondo. En otros términos, ese hecho fundamental caía en su carga probatoria y suya era la consecuencia de su no demostración.

3. El "*non liquet*" por falta de pruebas desapareció hace muchos lustros del derecho procesal.

4. La prueba del vínculo que ataba el demandante con la entidad demandada no puede tomarse como un presupuesto procesal de la demanda y menos de la acción.

5. No existe duda de que la competencia del juez es un presupuesto procesal, pero este presupuesto no se prueba, simplemente se alega.

6. Con lo dicho no se varía la jurisprudencia de la Sala Plena elaborada en torno a las sentencias inhibitorias. Se mantiene, porque la tesis no ha sido la de que las sentencias inhibitorias no son susceptibles de anulación sino que frente a éstas no cabe hablar, en principio, de violación directa de la ley sustantiva, lo que es diferente con todo respeto.

*Carlos Betancur Jaramillo.*

**ACLARACION DE VOTO**
**DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO**

Referencia: Expediente No. A-030. Actor: Leonardo Polo Silguero. Recurso de anulación.

Brevemente procedo a aclarar mi voto en relación con la providencia del 17 de octubre del presente año aprobada por la mayoría de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Mi discrepancia se refiere exclusivamente a la parte considerativa de la misma en cuanto no tiene en cuenta la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la procedencia del Recurso Extraordinario de Anulación en relación con las sentencias de carácter inhibitorio.

Fecha: Ut supra.

*Guillermo Chahín Lizcano*

*Consejo De Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*

**ACLARACION DE VOTO**
**DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS.**

Referencia: Radicación No. A-030. Actor: Leonardo Polo Silguero.

Consejero ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Aunque comparto la parte resolutiva de la providencia que antecede, debo aclarar mi voto en relación con sus consideraciones, en cuanto tratándose, el recurrido, de un fallo inhibitorio, ello es suficiente para que no prospere el recurso, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación.

*Consuelo Sarria Olcos.*

Fecha ut supra.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION/ FALLO INHIBITORIO -** (Aclaración de voto)

**Aun cuando el fallador de segunda instancia dijo inhibirse para pronunciar sentencia de mérito por falta de competencia, incurrió en un error porque la sentencia inhibitoria como es sabido, es aquella en la cual el juez ni niega ni afirma que el derecho material pretendido exista, sino que se limita a declarar que no puede resolver sobre la existencia de ese derecho. Entonces, de acuerdo con la teoría de la prevalencia de la realidad, el fallo de segunda instancia en verdad fue denegatorio de las pretensiones del actor, por no haber acreditado su legitimación en la causa.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-* Bogotá, D.E., cuatro (4) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

**ACLARACION DE VOTO**
**DEL DOCTOR GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO**

Referencia: Expediente No. A-30. Actor: Leonardo Polo Silguero.

Con respecto me aparto de la tesis que llevó a fallar en el sentido de declarar impróspero el recurso de anulación.

La Sala, por decisión mayoritaria, declara impróspero el recurso de anulación, en lo cual estoy de acuerdo, con fundamento en una tesis que, con respecto, no comparto y la cual puede enunciarse así: La competencia del Consejo para decidir el proceso en segunda instancia no se acreditó por el actor porque este fundaba su derecho en la pretendida calidad de empleado público de una empresa comercial del Estado y no probó tal calidad, de donde la decisión inhibitoria

contenida en la sentencia cuya anulación se pide dentro del recurso extraordinario de anulación estuvo bien tomada.

En mi opinión, aun cuando el fallador de segunda instancia dijo inhibirse para pronunciar sentencia de mérito por falta de competencia (fls. 163 a 172), incurrió en un error porque como lo expresó la Sección Tercera de esta Corporación en fallo del 22 de junio de 1989 (Expediente No. 5494, Actor: María Odilia Muñoz vda de Aguirre y otros).

> "La sentencia inhibitoria, como es sabido, es aquella en la cual el juez ni niega ni afirma que el derecho material pretendido exista, sino que se limita a declarar que no puede resolver sobre la existencia de ese derecho material pretendido exista o en otras palabras, es "aquella en la cual el juez se abstiene de entrar a considerar la cuestión debatida o controvertida" (J. Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal, Tomo I, p. 364, Ed. A.B.C. Bogotá, 1983). Y tiene lugar cuando la relación procesal se constituye irregularmente por defecto en los presupuestos de capacidad para ser parte y demanda en forma o cuando el litis consorcio necesario es incompleto o hay indebida acumulación de pretensiones. En cambio, cuando los vicios citados no existen la sentencia debe ser de mérito, la cual será estimatoria, si acoge las pretensiones del actor y desestimatoria cuando absuelve al demandado declara probada alguna excepción...".

Entonces, de acuerdo con la teoría de la prevalencia de la realidad, el fallo de segunda instancia en verdad fue denegatorio de las pretensiones del actor, por no haber acreditado su legitimación en la causa.

Así las cosas, es evidente que la discusión sobre si se probó o no tal legitimación sería una cuestión de hecho ajena al recurso extraordinario de nulidad y de aquí mi conformidad con la parte resolutiva del fallo que ha desatado el recurso extraordinario que se interpuso.

*Gustavo De Greiff Restrepo.*

**ACLARACION DE VOTO**
**DEL DOCTOR ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO**

Referencia: Expediente No. A-030. Actor: Leonardo Polo Silguero

Porque la comparto en su integridad, suscribo sin reserva la anterior aclaración de voto de que es autor el Honorable Consejero de Estado doctor Gustavo de Greiff Restrepo.

Fecha ut supra.

*Antonio José de Irisarri Restrepo.*

**ACLARACION DE VOTO**
**DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA**

En el fallo de diecisiete (17) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).- Recurso extraordinario de anulación - Radicado No. A-030.

Por cuanto el suscrito consejero tiene, respecto a las motivaciones de la providencia referenciada, similar criterio al expresado por el doctor Gustavo de Greiff Restrepo (folios 256 y 157), al cual ha adherido el doctor Antonio José de Irisarri, a dicha aclaración de voto se remite.

*Alvaro Lecompte Luna*

Bogotá, D.E., 12 de febrero de 1990.

**ACLARACION DE VOTO**
**DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA**

Consejo de Estado.- Sala Bogotá, D. E., marzo cinco (5) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Julio César Acosta Uribe.*

Referencia: No. A-030. Actor: Leonardo Polo Silguero.

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 nó prosperidad del recurso radica, a mi juicio, en el enfoque jurídico-filosófico que desde un principio he destacado de este medio de impugnación y que bien puede resumirse en el siguiente párrafo tomado del salvamento de voto que hice dentro del proceso No. 4803. actor: EUSTELLY DE JESUS RAMIREZ

En él se lee:

*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 eproduce 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 AUTONOMO e INDEPENDIENTE es posible hablar de sentencias contra la ley. Pero si la ciencia jurídica se concibe como una PLENITUD HERMETICA, tesis universalmente aceptada hoy y con-

sagrada en el artículo 8 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 VALIDA , 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 declaración acerca de tal ilegalidad, la decisión judicial posee, por decirlo así, Validez Plena, lo que equivale a declarar que no puede ser nulificada (Teoría General del Derecho y del Estado. Textos Universitarios México 1969, pp. 188 y 189).

"La Inconstitucionalidad" o "ilegalidad" de una norma que, por una u otra razón, *tiene que presuponerse valida*, significa, entonces, bien la posibilidad de que la regla normativa sea anulada (en la forma ordinaria se 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, p. 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 la ley vulnera el principio de contradicción porque está implicada

la enunciación de que A es B y no es B, es decir, que la ley es el derecho y no es el derecho. Pero tampoco aquí, al negar la ley, se niega de ninguna manera una existencia que la ley no tiene. También aquí se opera con la falsa identidad de *Norma y Derecho*. La llamada sentencia contra ley no cuestiona la existencia jurídica; por el contrario ésta le es incuestionable ya que está mentada por la propia sentencia contra la ley. En la sentencia contra la ley no hay más problema que el de la fuerza de convicción por la arbitrariedad que pudiera estar implicada al haberse prescindido de la ley.

La verdad es que la sentencia contra ley se hace problema con apariencia de una contradicción lógica, *sólo bajo la idea de que cada ley es de por sí algo autónomo e independiente. Pero la noción de una sentencia contra la ley que resulta por abandonar la norma benérica en la que la sentencia claramente podría subsumirse, de modo que quedarían en contradicción lógica esta norma y la norma individual de la sentencia, es un espejismo que se desvanece con la noción del ordenamiento jurídico como un todo*. En efecto, producida una sentencia contra ley, el ordenamiento autoriza a recurrir de ella mediante los recursos procesales de apelación 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 indidvidual, por ser norma de un órgano superior. Esto demuestra que cuando una sentencia tiene, como fuente formal, una norma jurídica específica del ordenamiento para subsumirse en ella, tiene a la par, *también como fuente formal, esa otra norma más general que deriva del ordenamiento en conjunto y en cuya virtud puede convalidarse por un órgano supremo*. En este caso, la sentencia contra ley queda *Jurídicamente habilitada*, por esta norma subsidiaria que *Schreier* ha llamado norma de *habilitación*...Para que la norma de habilitación alcance una fuerza lógica pareja a la de la norma específica general que desaloja, se requiere agregarle algo que la norma de *Habilitación* tiene como su contenido conceptual. *Este algo, según lo comprueba la mecánica del ordenamiento jurídico, es la decisión de un funcionario supremo*. De todas maneras, es obvio que la *norma de habilitación* existe en todo ordenamiento jurídico en razón de la estructura del ordenamiento como un *conjunto*: existencia de la que no puede dudar en vista de que al apelar de una sentencia contra ley, va supuesto forzozamente 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 pesos 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, p. 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 que otro. Solo 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 decide a fallar *contra la ley* mediante la *habilitación* como recurso extremo. Sólo en semejantes hipótesis su sentncia 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 que carecen de ella... La tacha a una sentencia de ser *contra ley*, no significa de verdad lo que literalmente dice, a saber, la existencia de un acto ilícito; y mucho menos significa la pérdida del ser jurídico de ese acto. En rigor, la locución sólo expresa una falta de *fuerza de convicción superlativa*, con el lenguaje de una ciencia racionalista, en cuanto el derecho *esta identificado con la norma* y en cuanto se acentúa el desvalor de la situación resultante con tan enfática descalificación. Pero así como se habla, *con ligereza científica*, de sentencias contra ley cuando falta la fuerza de convicción, así también nunca se habla de ella cuando la fuerza de convicción sobre, aunque el mismo problema antinormativo se encuentre implicado. Por el contrario en estos casos es frecuente ver a los juristas elogiar en la emergencia una obra maestra de interpretación. Y esta doble actitud prueba, mejor que nada, que la etiqueta verbal en boga aprobatoria o desaprobatoria simplemente traduce el bagaje conceptual, con que la ciencia jurídica de un determinado momento podía aludir el problema de la fuerza de *convicción*" (Teoría de la Verdad Jurídica. Carlos Cossio, pp. 260 y ss.).

A su turno, *Enrique Aftalión*, 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 *Organo cualquiera proceda a su creación normativa excediendose en los límites 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 proveé 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 preveé expresa o implícitamente –esa posibilidad de confirmación. Al declarar irrelevante la opinión de un particular cualquiera y sólo relevante la opinión de un órgano autorizado al efecto para declarar la conformidad o disconformidad entre una norma superior y otra inferior, el orden jurídico excluye la posibilidad de dicha contradicción. La norma superior establece en verdad una alternativa, ya que la norma inferior puede ser creada con el procedimiento y contenido determinados en la norma superior o con cualquier otro contenido y procedimiento siempre que sean convalidados por el órgano autorizado al efecto*. Con terminología que, aunque no es propia de Kelsen, resulta, expresiva para designar la situación, se denomina "Norma de Habilitación" a esta segunda parte de la alternativa que necesariamente se encuentra en la norma superior expresa o implícitamente– y que sirve para fundar la validez de las normas aparentemente carentes de ella *Habilitando o convalidando* de este modo la decisión del inferior...F.

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, por ejemplo una pena de 26; o donde aquél requiere mayoría de edad, el juez declara la validez de un acto otorgado por un menor, etc. Contra la sentencia del juez de primera instancia tiene, el que se siente agraviado por la misma, ciertos recursos para ante un tribunal superior, contra la sentencia de este último tiene quizá recurso ante otro, etc. Pero esta cadena de instancias revisoras tiene, necesariamente, un fin. Si el particular agraviado no intenta los recursos previstos en la ley procesal en el término acordado por la misma o si, intentados dichos recursos, el órgano supremo hasta el cual llega el interesado confirma la sentencia

del juez de primera instancia, esta queda habilitada o convalidada en forma definitiva (Cosa Juzgada). También en este caso la validez o invalidez de la "Norma Antinormativa" depende en última instancia de la decisión del órgano, y ésta situación, a la que designamos con el nombre de "Habilitación", se encuentra prevista y consagrada por el mismo orden positivo.

"Sentencia contra ley formal". Un caso en todo similar al anterior se da cuando la sentencia aparece en violación a la norma que establece la competencia del órgano o el procedimiento fijado para llegar a la misma. si no se alega en tiempo y forma la incompetencia o no se intentan también en tiempo y forma los recursos previstos por la ley (de nulidad por violación de las formas sustanciales del proceso) o si, alegada dicha incompetencia o nulidad, es desechada por el Juez, por el Tribunal y, en última instancia, por el órgano supremo *la sentencia queda habilitada o convalidada* y no existe, en adelante, oportunidad de cuestionar su validez (cosa juzgada).

"Como vemos, la norma de *habilitación* es una alternativa que, a lo largo de la creación graduada del derecho, *permite conferir validez a cualquier norma surgida de la misma cualquiera sea el procedimiento de su creación y el contenido de dicha norma" (Obra citada, pp. 950 y siguientes).*

Antonio Luis Machado neto en su obra Fundamentación Ecológica de la teoría General del Derecho. p. 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 lo especifica verdad jurídica.*

Tanto en los cambios de jurisprudencial, en la desuetudo como en las sentencias contra *legem*, se trata de casos en los que la norma se había transformado **en un concepto que no coincidía con la intuición. Esta es la solución egológica. En lo que hace a las doctrinas hermenéuticas de progenie racionalista, en la medida que sostienen que el derecho está en la norma y no en la conducta, se encuentran ante el absurdo de tener que negar los hechos y de tener que prohibirlos inútilmente. Es precisamente bajo la influencia de tales doctrinas que las legislaciones se dan a la tarea inocua de prohibir la desuetudo y las sentencias** contra legem".

*Fritz Schreier*, en su obra "Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho", al hablar de la Norma de Habilitación, enseña:

"En el ámbito de un ordenamiento jurídico 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 aquél 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* (Rechtsraftnorm). *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 postulado aparece como hecho jurídico bajo la norma de habilitación que confiere validez a la significación postulada" (Obra citada, pp. 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 o tipificó el recurso de anulación. Ahora bien: *sui* 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.

*JULIO CESAR URIBE ACOSTA.*

## RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/ LOCUCION

**El recurso extraordinario de súplica solo es procedente cuando la jurisprudencia supuestamente contrariada por el fallo de una de las secciones de dicha Sala, está contenida en sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, o de las extinguidas Sala de Negocios Generales y Sala de lo Contencioso Administrativo.**

**No hay contradicción entre el fallo recurrido y el citado como contrariado; por el contrario, hay perfecta concordancia en los dos pronunciamientos en cuanto al monopolio estatal de las telecomunicaciones, la exigencia de licencia para ejercer la actividad o profesión de locutor de radio y de televisión y la concordancia con el artículo 39 de la Carta.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*- Bogotá, D.E., marzo seis (6) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. S-132. Recurso Extraordinario de Súplica interpuesto contra la sentencia de diez y ocho (18) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dictada por la Sección Primera de la Corporación. Actor: Juan Manuel Perdomo y otro.

Los ciudadanos JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO y LAUREANO ROSERO RUALES, presentaron ante la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación demanda de nulidad contra el Decreto Reglamentario 651 de 13 de abril de 1988, por medio del cual el Gobierno Nacional reglamentó la expedición de licencias de locución para la radiodifusión sonora y televisión y se modificó el Consejo Asesor de Locución.

Consideraron los accionantes que al expedirse la norma acusada, se quebrantaron los artículos 39 y 120, numeral 3° de la Constitución Política, en razón de que solamente el Congreso de la República tiene facultad, mediante una ley, para exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones. Por otra parte, porque las normas que dicho decreto dice reglamentar, no se refieren a la profesión de locutor, título que ninguna ley exige, y, entonces, aparece claro que hay extralimitación en el ejercicio de la facultad reglamentaria.

La Sección después de denegar el decreto de suspensión provisional solicitado por la parte actora y darle al proceso el trámite de rigor, decidió las pretensiones de las demandas acumuladas, mediante la sentencia hoy suplicada fechada el dieciocho (18) de octubre de 1989, con fundamento en las siguientes consideraciones:

> El artículo 19 del Decreto 3418 de 1954, adoptado como Ley de la República por el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, norma especial en que dice fundamentarse el Decreto Reglamentario acusado, dispone:
>
> "El personal que trabaje en los servicios de Telecomunicaciones, en labores que no sean esencialmente administrativas, deberá tener licencia expedida por el Ministerio de Comunicaciones, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno".

Se aprecia pues –dice la sentencia–, sin que para ello se requieran complicadas operaciones mentales, que, en sí sola, la norma citada contiene la orden de exigencia de la licencia como título de idoneidad de que habla el art. 39 de la Constitución, por manera que el Gobierno en el acto acusado no está haciendo cosa diversa a hacer cumplir la ley que así lo ordena e, igualmente, en cumplimiento de la misma ley, está reglamentando la adquisición de dicha licencia en obedecimiento a la misma disposición que, en la parte que se ha subrayado, dice: "*Con la reglamentación que expida el Gobierno*".

Ahora bien; cuál es la razón de la exigencia legal de obtener licencia o permiso del Ministerio del ramo, para poder ejercer la actividad o profesión de locutor de radio o de televisión?. Sencillamente porque en Colombia todos los canales radioeléctricos son de exclusiva propiedad del Estado, según lo dice el artículo 1° del mismo Decreto Ley 3418 de 1954, convertido en Ley de la República por el Congreso Nacional.

En síntesis: al fundamentarse las acciones bajo examen en la carencia de una ley que facultase al Gobierno para exigir esa licencia como garantía de idoneidad y para reglamentar la obtención de ella, quedan sin piso las pretensiones al estar demostrado que dicha ley si existe y que, en consecuencia, ninguna de las dos normas de la Carta señaladas como violadas, lo han sido.

## FUNDAMENTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

El recurrente fundamenta su recurso en la modificación de la jurisprudencia, por Sección, contenida en:

1. La sentencia de 13 de junio de 1945, en donde el H. Consejo de Estado dijo que "no era legal la reglamentación que exige licencia a los actores de radioteatro".

2. Las sentencias dictadas por la Sección Tercera (sic) "en el expediente 624 declarando la nulidad del Decreto 1131 de 1983 y de fecha 7 de septiembre de 1989 declarando la nulidad del Decreto 2670 de 1984 (Exp. 848), decretos anulados que reglamentan, el primero el ejercicio de la actuación y dirección en radio difusión y televisión y el segundo, el ejercicio de la locución a través de los medios de radio difusión sonora y televisión, pues en su oportunidad el Consejo consideró que el Presidente de la República carecía de la facultad de reglamentar las profesiones de locutor y actor por meros decretos".

Para resolver, *se considera*:

I. *El cambio jurisprudencial producido en relación con lo expuesto por la misma Sección Primera en sus sentencias de mayo 20 de 1988, ponente Luis A. Alvarado P.*, exp. 624, *y de 7 de septiembre de 1989*, ponencia del mismo consejero indicado, expediente 848.

Conforme al criterio jurisprudencial reiterado de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación (Sentencias de 25 de marzo de 1981, Consejero Ponente Doctor Carmelo Martínez Conn, y de agosto 31 de 1988, Consejero Ponente Doctor Carlos Betancur J.), cuya vigencia fue reiterada por el artículo 21 del Decreto Ley 2304 de 1989, subrogatorio del artículo 130 de C.C.A. (Decreto Ley 01 de 1984), al establecer que "habrá recurso de súplica, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluídos los consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las Secciones, cuando, *sin la aprobación de la Sala Plena*, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación" (subrayado fuera de texto), el recurso extraordinario de súplica que se consagró en el artículo 2°, de la Ley 11 de 1975, sólo es procedente cuando la jurisprudencia supuestamente contrariada por el fallo de una de las secciones de dicha Sala, está contenida en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, o de las extinguidas Sala de Negocios Generales y Sala de lo Contencioso Administrativo existentes hasta la Reforma Judicial de 1964, contenida en el Decreto/ley 528 de 1964.

Se dijo entonces que los cambios jurisprudenciales deben manejarse por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por ser ésta, por voluntad de la ley,

la que cumple el fin unificador de la jurisprudencia. En otros términos, no es obligatoria la jurispridencia de la Sala Plena, ya que no existe ley que tal cosa disponga; lo que obliga es la norma de competencia que precisa que los cambios y la unificación jurisprudencial son propios de la Sala Plena y no de las Secciones.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la jurisprudencia que el recurrente aduce como contrariada por la sentencia de 18 de octubre de 1989, contenida según él en las sentencias de mayo 20 de 1988 y 7 de septiembre de 1989, ponente Luis A. Alvarado P, expedientes 624 y 848, respectivamente, proferidas por la Sección Primera de la Sala Contenciosa de la Corporación, no satisface uno de los requisitos, que a la luz de la jurisprudencia mencionada, exige el artículo 2° de la Ley 11 de 1975, en concordancia con el 21 del Decreto Ley 2304 de 1989, subrogatorio del artículo 30 del C.C.A., por lo cual el recurso no puede prosperar en cuanto a este primer cargo.

Empero, el consejero que elaboró la presente ponencia, deja expresa constancia sobre la circunstancia de que él y algunos de sus colegas de Sala, han tenido oportunidad de expresar, en el seno de ella, recientemente, algunas dudas sobre la jurisprudencia sentada en la sentencia de marzo 25 de 1981, reiterada en la de agosto 31 de 1988, que espera sean dilucidadas proximamente.

II. *El cambio jurisprudencial producido en relación con lo expuesto por la Sala Contenciosa del Consejo de Estado en su sentencia de junio 13 de 1945, ponente Dr. Guillermo Hernández Rodríguez.*

En la precitada sentencia el Consejo de Estado anuló: a) el parágrafo 1° del artículo 14 y la segunda parte del inciso 1° y el parágrafo 2° del artículo 15 del Decreto Reglamentario 1051 de 1944, en cuanto por ellos se había dispuesto:

Art. 14. Parágrafo 1°. "Las personas que ocasional o habitualmente dicten por radio conferencias o charlas culturales o políticas, de acuerdo con las disposiciones vigentes, no necesitan licencia de radioanunciadores, pero sí de permiso especial y nominativo expedido por el Ministerio de Correos y Telégrafos".

Art. 15. "El Ministerio de Correos y Telégrafos otorgará a los actores de radio-teatro una licencia especial en que conste su calidad de tales. *Para obtenerla los aspirantes a ella deberán presentar, en la forma que se establece en este Decreto, el mismo examen que los aspirantes a locutores de 2a. categoría, pero no se les exigirá la comprobación de haber cursado 4o. año de bachillerato* (se subraya).

"Esta licencia especial no los acredita en ningún caso para actuar como radioanunciadores.

"Parágrafo 1o....

"Parágrafo 2o. Igual sanción se aplicará a las estaciones radiodifusoras que transmitan discos grabados con anuncios, diálogos o dramatizaciones de procedencia nacional o extranjera, en los que tomen parte locutores o actores no licenciados por el Ministerio de Correos y Telégrafos".

Para declarar la nulidad del parágrafo 1o., del artículo 14 del Decreto acusado, el Consejo de Estado consideró que "la sujeción de los conferencistas, sobre temas culturales o políticos, a un permiso especial o nominativo expedido por el Ministerio de Correos y Telégrafos, significa un entrabamiento de la libertad de palabra, especialmente para los habitantes de las regiones apartadas de la capital de la República, adonde deben dirigirse a fin de obtener el permiso a que se refiere el citado parágrafo. En esta materia de conferencias culturales o políticas la radiodifusión representa una actividad parecida a la de los periódicos, que está amparada por el artículo 36 de la Constitución, que garantiza la libertad de prensa en tiempo de paz, haciéndola responsable con arreglo a las leyes cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública.

"Los conferencistas accidentales en las radiodifusoras son responsables de sus dichos con arreglo a la Constitución y a las leyes, pero no pueden ser sometidos a la especie de control previo que establece el parágrafo que se comenta".

Para declarar la nulidad de la segunda parte del inciso 1o. del art. 15 de la norma acusada, dijo el Consejo de Estado que había existido exceso en la facultad reglamentaria, por cuanto si bien es cierto que "Nada se opone a que los actores de radioteatro necesiten para poder actuar una licencia especial en que conste su calidad de tales", no "sucede lo mismo con las condiciones que el artículo exige para otorgarles dichas licencias". La Ley 198 de 1936, que estableció el monopolio estatal de las telecomunicaciones en Colombia, reglamentada por el decreto acusado, al parecer no se refirió para nada al oficio de actor de radioteatro.

Finalmente, el Consejo de Estado para declarar la nulidad del parágrafo 2o. del artículo 15, expresó que "las licencias de locutores o actores no se han hallado ilegales porque simplemente se trata con ellas de establecer un requisito formal para el ejercicio de esa profesión. Pero la grabación de discos no se vincula directamente a ese oficio, como la publicación de tratados no hace parte del ejercicio de la profesión sobre que versan. La Ley 198 de 1936, al establecer el monopolio de las telecomunicaciones, no autorizó al Ejecutivo para reglamentar el uso de los discos grabados, que tienen origen en otra actividad distinta de la de simple locutor de radio, y, en consecuencia, el parágrafo debe ser anulado".

En la sentencia no se accedió a la declaratoria de nulidad de las restantes normas acusadas (artículos 1 a 12, 15 –salvo lo anulado a 19), relativas todas ellas a las "licencias que para ejercer el oficio de radioanunciadores o locutores" deben obtener del Ministerio del ramo, las personas interesadas en ejercer esa actividad u oficio, así como los requisitos que deben reunir para que se les conceda, por cuanto el Consejo de Estado consideró que "Estas disposiciones se limitan a establecer las condiciones de admisión al desempeño del cargo de locutores o radioanunciadores, y se pueden comparar a las exigencias que en casos similares establecen unilateralmente las empresas particulares. No implican estas normas ninguna violación del precepto constitucional sobre libertad para toda persona, de escoger profesión u oficio, pues aquí no se trata de levantar prohibiciones para actuar como locutor, sino que se están fijando las condiciones que *los concesionarios del Estado* deben exigir del personal que ocupan, de la misma manera que una empresa puede pedir ciertos requisitos de idoneidad a sus empleados, sin que con esto entre en pugna con el precepto de la libertad de escoger profesión y oficio" (subrayado fuera de texto).

Como se puede observar de los apartes de la sentencia que se han transcrito, tenidos en cuenta por el Consejo de Estado tanto para decretar la nulidad de algunas de las normas contenidas en el decreto que en esa ocasión se demandó, como para denegar la nulidad de la mayoría de ellas, no existe la pretendida contradicción entre el fallo recurrido hoy de la Sección Primera de la Corporación y el proferido por la Sala Contenciosa del Consejo con fecha 13 de junio de 1945. Por el contrario, hay una perfecta concordancia en los dos pronunciamientos, en cuanto a: 1. Existe el monopolio estatal de las telecomunicaciones de la República (Ley 198 de 1936, invocada en la sentencia de 1945; Decreto Ley 3418 de 1954, citada en la sentencia de 1989, hoy recurrida); 2. En razón de la existencia de ese monopolio estatal, la ley puede exigir la licencia correspondiente del Ministerio del ramo, a las personas que vayan a ejercer la actividad o profesión de locutor de radio –y de televisión según la segunda sentencia–; 3. Esa ley y sus normas reglamentarias no atentan contra lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política.

A lo procedente, cabe agregar que la razón expuesta por la Sección Primera de la Corporación, para negar las pretensiones de la demanda, relativa a que sí existe disposición legal que se podía reglamentar, o respecto de la cual procedía el ejercicio de esa atribución presidencial otorgada en el numeral 3o del artículo 120 de la Carta, no ha sido controvertida por el recurrente de manera alguna. Mucho menos con la sentencia de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado de 13 de junio de 1945, que como se ha visto, no tocó ese aspecto jurídico.

En síntesis; para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no existe en la sentencia recurrida un planteamiento o concepción jurisprudencial diferente al que se encuentra en la sentencia de junio 13 de 1945, y mucho menos en los que se expresan en las sentencias de la misma Sección.

Por todo ello, el recurso no está llamado a prosperar.

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

**FALLA:**

No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el señor JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO, contra la sentencia de octubre dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por la Sección Primera de la Corporación, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda formulada contra el Decreto Ejecutivo No. 651 de 1988.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sección de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

*Reynaldo Arciniegas Baedecker*, Presidente; *Jaime Abella Zárate*, *Joaquín Barreto Ruíz*, Aclaro voto; *Carlos Betancur Jaramillo*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Gustavo de Greiff Restrepo*, *Antonio J. de Irisarri Restrepo*, Ausente; *Clara Forero de Castro*, *Miguel González Rodríguez*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Alvaro Lecompte Luna*, Aclaro Voto; *Euclides Londoño Cardona*, *Carmelo Martínez Conn*, *Jorge Penen Beltieure*, *Consuelo Sarria Olcos*, *Julio César Uribe Acosta*

*Nubia González Cerón*, Secretaria General

**DECRETO LEGISLATIVO/ DECRETO EJECUTIVO/ DECRETO REGLAMENTARIO** (Aclaración de voto)

**No consideramos acertada la denominación de Decreto Ley que la sentencia le ha dado al Decreto Legislativo 3418 de 1954 –expedido en aplicación del artículo 121– así haya sido acogido como norma permanente por la Ley 141/61. Tampoco es afortunada la denominación del Decreto Ejecutivo que se le endilga al Decreto 651 de 1988 y que en la primera parte de la providencia en forma acertada se denominó Decreto Reglamentario; consideramos que si es Decreto Reglamentario no puede ser Decreto Ejecutivo.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-* Bogotá, D.E., trece (13) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

**ACLARACION DE VOTO**
**DOCTOR JOAQUIN BARRETO RUIZ**
**Y DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA**

Referencia: Expediente No. S-132. Recurso Extraordinario de Súplica. Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo

Aunque compartimos la decisión adoptada en forma unánime por la Corporación en este proceso, hemos considerado oportuno aclarar nuestro voto en los siguientes términos:

Fruto de nuestro ordenamiento jurídico y de la doctrina, ha sido la clasificación de los decretos que corresponde expedir al Presidente de la República. La denominación de Decretos Leyes, Decretos Legislativos, Decretos Extraordinarios, Decretos Ejecutivos, Reglamentos Constitucionales y Decretos Reglamen-

tarios, que se le ha dado a dichas normas jurídicas, obedece a la lógica y al derecho y no es caprichosa.

Así, la denominación de Decretos Legislativos, emerge del mismo texto constitucional cuando los parágrafos de los artículos 121 y 122 ordenan que el gobierno envíe "...a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los Decretos Legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo..." (la subraya no es del texto).

El nombre de Decretos Extraordinarios obedece al hecho de ser expedidos en ejercicio de las facultades "extraordinarias" que el Congreso otorga al Presidente de la República con arreglo al numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Política. Aunque a esta clase de normas también se las denomina usualmente Decretos Leyes, sería más apropiado darles únicamente aquella denominación y reservarles ésta a los decretos que se lleguen a expedir en cumplimiento del artículo 80 de la Carta, que de conformidad con este precepto tienen "fuerza de ley".

Por su parte, los Decretos Reglamentarios deben su nombre al hecho de ser fruto del ejercicio de la potestad "reglamentaria" que al Presidente le otorga el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución, cuya naturaleza es bien diferente a los anteriormente mencionados y a los llamados reglamentos constitucionales y Decretos Ejecutivos.

Como es sabido, los reglamentos constitucionales hacen relación a la facultad que la Constitución le ha reservado al Presidente de la República para regular en forma privada determinados aspectos de la vida nacional, como la de Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo, el aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado" (art. 120, num. 14).

Es por lo anterior, que no consideramos acertada la denominación de Decreto Ley que la sentencia le ha dado al Decreto Legislativo 3418 de 1954 –expedido en aplicación del artículo 121– así haya sido acogido como norma permanente por la ley 141 de 1961, pues no por ello pierde su carácter ni se borra su origen. Tampoco es afortunada la denominación de Decreto "Ejecutivo" que se le endilga en la parte resolutiva a la norma acusada, el Decreto 651 de 1988, y que en la primera parte de la providencia en forma acertada se denominó Decreto Reglamentario, pues indudablemente fue expedido en ejercicio de la facultad consagrada en el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución; consideramos que si es Decreto Reglamentario, no puede ser Decreto Ejecutivo.

*Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna*

## FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

**Los funcionarios de seguridad social están vinculados por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial que distingue, a su vez, entre los cargos discrecionales que están plenamente identificados en la ley y los demás cargos que pertenecen a la carrera de funcionarios de seguridad social. Son inaplicables, por ser notoriamente contrarios a la ley reglamentada, los artículos 69 y 70 del Decreto Reglamentario 413 de 1980, pues quienes se incorporan a cargos de carrera son nombrados en período de prueba; además, es claro que no se puede ingresar a la carrera sin concurso y período de prueba.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-* Bogotá, D.E., marzo veinte (20) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zarate.*

Referencia: Expediente No. A-061. Actor: José Ismael León León. Recurso anulación -FALLO-

Corresponde a la Sala decidir el recurso extraordinario de anulación que el apoderado judicial del señor JOSE ISMAEL LEON LEON presentó contra la sentencia del 16 de septiembre de 1987 mediante la cual la Sección Segunda del Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia favorable al actor y, en cambio, denegó las súplicas de la demanda.

### ANTECEDENTES

Mediante Resolución No. 753 del tres (3) de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983) el Director General del Instituto de Seguros Sociales ordenó

retirar del servicio al actor quien desempeñaba las funciones de Ingeniero (Industrial) en una de las dependencias de la Subdirección de Recursos Físicos, cargo al cual había sido nombrado por Resolución 232 de febrero 20 de 1980.

Para desvincular al actor el ISS expuso como considerandos de la Resolución 753/83 que el cargo de Ingeniero (Industrial) que venía desempeñando fue suprimido, que el art. 132 del Decreto 1651/77 establece la figura del retiro del empleo por supresión del cargo y que el señor León "no se encuentra inscrito en la Carrera y desempeña las funciones del cargo suprimido".

La sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Primera) el 18 de junio de 1984 accedió a la anulación de la mencionada Resolución y a decretar el reintegro del actor a la nómina oficial con el pago de las prestaciones monetarias correspondientes, bajo la consideración de una falsa motivación al estimar que no se había suprimido el cargo y el actor virtualmente pertenecía a la carrera de seguridad social.

En cambio, para la Sección Segunda de esta Corporación, el Tribunal partió del error de considerar al actor como funcionario de carrera pues "en el expediente no fue acreditado que el demandante hubiera sido nombrado en período de prueba, previa selección por concurso, para un cargo de carrera por Resolución de Inscripción, de conformidad con el procedimiento prescrito por el Decreto 1651 de 1977, reglamentado por el Decreto 413 de 1980, en cuyo caso habría adquirido los derechos de empleado de carrera". También refutó el cargo de falsa motivación y encontró ajustados a la luz los tres considerandos que ya se mencionaron y que invocó el ISS para expedir la Resolución 753 acusada. La sentencia hizo un cuidadoso estudio de las normas pertinentes al caso contenidas en el Decreto 1651/77 y su Reglamento 413 de 1980, resultando que el ingreso al servicio para un cargo discrecional se hace por nombramiento ordinario y para el cargo de funcionario de Seguridad Social por nombramiento en período de prueba y tras señalar los distintos pasos que para ingresar a la Carrera prescriben los arts. 107, 109, 114 a 118 del Decreto 1651/77 reiteró lo dicho por la misma Sala que no puede dársele aplicación a los artículos 69 y 70 del Decreto Reglamentario 413 de 1980 porque lo contemplado en tales preceptos no está prescrito en la ley que reglamenta, habiendo incurrido el Ejecutivo en una extralimitación de la facultad que le otorga el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución.

## EL RECURSO

La impugnación que se hace de esta sentencia en el recurso extraordinario puede resumirse en que el análisis de la regulación legal de los funcionarios del Instituto de Seguros Sociales consagrada en el Decreto 1651 y 1652 de"77 lleva a distinguir dos situaciones diferentes: el de los nuevos a los cuales se les aplica

todo el sistema del concurso, período de prueba, etc. y de los que ya estaban prestando servicio, hipótesis excepcional, los cuales tienen derecho a ser nombrados en la planta e inscritos en la carrera especial "con el solo requisito de la posesión".

Con esta perspectiva analiza y formula el cargo de falta de aplicación de los arts. 126 y 134 del Decreto 1651/77 y del art. 35 del Decreto 1652/77. Atribuye al fallo aplicación indebida de los artículos 6°, 107 a 117 del Decreto 1651/77, relativos a los que fueron vinculados con posterioridad, más no a los que venían desempeñando cargos. Y de aplicación indebida del art. 118 *ibídem*, en cuanto cercenó los alcances del perído de prueba y calificación automática.

Para la señora Fiscal (Quinta encargada, Dra. Sonia Mireya Vivas P.) la prosperidad del recurso implicaría análisis del material probatorio aportado, lo que obviamente no es de recibo dentro del trámite de un recurso de anulación.

No obstante anota que "sabido es que el derecho a la estabilidad no se adquiere ni por la simple vinculación a un cargo a menos que éste resulte de la superación de un concurso, ni del transcurso del tiempo puesto que no está previsto el escalafonamiento automático de funcionarios por antiguedad, ni del hecho de ocupar un cargo calificado como de carrera".

"El derecho a la estabilidad sólo proviene del escalafonamiento o de un nombramiento para período fijo y nada de ésto comprobó el demandante".

Por ello su concepto es desfavorable a las pretensiones del impugnador de la sentencia.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

De la normatividad que regula la seguridad social contenida en los Decretos 1650, 1651, 1652 y 1653 de 1977 dictados por el Presidente de la República en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 12 de 1977 y que la Sala analizó en forma detallada en la sentencia del 24 de agosto de 1989 con ponencia del Consejero Dr. Samuel Buitrago Hurtado (Expediente No. A-049 –Actor Jorge Penagos), se resaltan en esta ocasión algunos aspectos que interesan al caso planteado.

Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican así:

- Empleados públicos de libre nombramiento y remoción,

- funcionarios de seguridad social y,

- trabajadores oficiales.

Según la forma como deben proveerse los cargos desempeñados por funcionarios de Seguridad Social, se clasifican en:

a) discrecionales

b) de carrera

Los funcionarios de seguridad social están vinculados por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial que distingue, a su vez, entre:

Los cargos discrecionales que están plenamente identificados en la ley, como los directores de unidad programática local, los jefes de oficina nacional, los consejeros, los asesores y en general, los cargos de los despachos del Director General y del Secretario General.

Y los demás cargos que pertenecen a la carrera de funcionarios de seguridad social, regulada por el Decreto 1651 de 1977.

El artículo 6° de dicho estatuto señala que a los cargos discrecionales se ingresa por nombramiento ordinario y a los de carrera por nombramiento en período de prueba. 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, ni período de prueba, según el artículo 108.

En cuanto a algunas disposiciones del Decreto Reglamentario 413 de 1980 la Sala en la sentencia cuyos lineamientos se siguen en esta oportunidad, coincidió con la apreciación consignada por la Sección Segunda tanto en el fallo impugnado como en otros, según el cual el Presidente desbordó la potestad reglamentaria en cuanto pretendió establecer una incorporación a la carrera de manera automática. Dijo la Sala sobre este tema:

> De otro lado, si bien el Decreto Reglamentario 413 de 1980 respeta las normas que reglamenta, pues concretamente se refiere al concurso y requisitos así como el período de prueba y sus evaluaciones, y específicamente puntualiza en su artículo 7° 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 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 ambigüedad 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".

..."

Se ataca la sentencia por desconocimiento de lo ordenado por el artículo 134 del Decreto 1651/77 y del art. 35 del 1652/77.

Del análisis de estas disposiciones concluye el señor apoderado que quienes se encontraban prestando servicios a la entidad les asistía, por excepción consagrada por el Legislador, el derecho a ser nombrados en la planta de personal y ser inscritos en la carrera como funcionarios de seguridad social "con el sólo requisito de la posesión". Que la obligación de nombrar a las personas vinculadas en la forma pura y simple como quedó concebida en los artículos mencionados, exoneran del cumplimiento de los requisitos de inscripción de lista de elegibles y concurso, al tiempo que para la habilitación del período de prueba tomó en cuenta la experiencia acumulada por el funcionario en el ejercicio de un empleo anterior.

Del análisis que hace el artículo 118 Decreto 1651/77 concluye que la sentencia ha debido tener por satisfactoriamente calificado e inscrito en la carrera a su defendido y en consecuencia, al ser suprimido el cargo que desempeñaba, se ha debido nombrar en otro empleo, conforme a lo dispuesto por el artículo 126.

Como puede observarse toda la argumentación se reduce a que por interpretación de los mencionados estatutos de la seguridad social, quienes venían desempeñando cargos en el ISS quedaban colocados en el régimen de excepción, en virtud del cual, por el sólo transcurso del tiempo quedaban inscritos en forma automática en la carrera derivándose de ello todas sus ventajas.

Pero esta interpretación es la que precisamente coincide con la que le dió el Ejecutivo en los artículos 69 y 70 del Decreto Reglamentario 413 de 1980 que tanto la Sección Segunda como la Sala Plena han encontrado inaplicables por ser notoriamente contraria a la Ley Reglamentada, pues "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", como resolvió la Sala en la mencionada sentencia del 24 de agosto de 1989.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

No prospera el recurso de anulación propuesto.

Condénase en costas al recurrente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la Sección de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

*Consuelo Sarria Olcos,* Vicepresidente; *Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruíz, Carlos Betancur Jaramillo, Pablo J. Cáceres Corrales, Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Clara Forero de Castro,* ausente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna,* con Salvamento de Voto; *Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, Jorge Penen Deltiure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Julio César Uribe Acosta*

*Nubia González Cerón,* Secretaria.

**FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL** (Salvamento de voto)

**El Director General del ISS no podía declarar insubsistencia sin motivación expresa, el nombramiento que había recaido en el demandante, antiguamente vinculado, bajo la modalidad del ICSS, porque él, como todos los demás estaban en esa situación, al ser nombrado como funcionario de la seguridad social al posesionarse, entró en período de prueba de seis meses. Si bien no estaba formalmente inscrito en la carrera especial, estaba cobijado por las reglas y garantías que son propias de ella ante la omisión en que incurriera el ISS al no hacer la inscripción a que estaba obligado.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.-* Bogotá, D.E., Diez y siete (17) de abril de mil novecientos noventa (1990).

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DR. ALVARO LECOMPTE LUNA**

AL FALLO DE 20 DE MARZO DE 1990 DICTADO POR LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO –EXPEDIENTE No. A- 061– RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION CONTRA LA SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1984 DE LA SECCION SEGUNDA DE LA CORPORACION

El suscrito consejero disiente de las tesis planteadas y acogidas por la mayoría, si bien obedecen al tradicional criterio que ha guiado a la Sala cuando se han tratado asuntos relacionados con la situación jurídica de las personas que, estando vinculadas laboralmente con el antiguo Instituto Colombiano de Seguros Sociales, pasaron a tener nexo de semejante naturaleza respecto al Instituto de Seguros Sociales que lo sustituyó. Como es sabido, tanto al nivel de la Sección Segunda de la que forma parte como al de esta Sala Plena, el suscrito ha dado

estimado que el Gobierno Nacional no sobrepasó las facultades reglamentarias al expedir el Decreto 413 de 1980 y que, por lo tanto, no invadió órbita de la competencia alguna; de allí deriva que, al desconocer el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del demandante –aquí recurrente– los cánones contenidos en el mencionado decreto reglamentario, debió accederse a las peticiones del libelista; en consecuencia, piensa el suscrito consejero que, como quiera que el fallo de 15 de julio de 1984 aplicó indebidamente los arts. 6°, 107 a 117 del Decreto 1651 de 1977, que aluden a los empleados de ISS vinculados con posterioridad al cambio de régimen, pero no a los que venían desempeñando cargos en el ICSS, se abstuvo de aplicar los arts. 126 y 134 del Decreto 1651 de 1977 y el art. 35 del Decreto 1652 de 1977, y aplicó indebidamente el art. 118 de 1851 porque cerceno los alcances del período de prueba y calificación automática, ha debido prosperar el recurso extraordinario de anulación interpuesto.

Seguidamente, pues, el suscrito se permite sintetizar sus ideas en torno a este tema, así:

1. La Ley 12 de 1977 –enero 25–, "por la cual se reviste 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"* (se subraya por el suscrito), autorizó al jefe del Estado, por el término de seis meses (art. 1°) para reorganizar total o parcialmente "la estructura administrativa del Instituto (Colombiano de los Seguros Sociales) y determinar la de los organismos que se creen o modifiquen" (art. 2°, num. 5°) y para fijar "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 incompatibilidades y *el régimen disciplinario*". (art. 2°, num. 6°; las subrayas no son del texto).

2. En cumplimiento y desarrollo del mandato del legislador ordinario expresado en la citada Ley 12 de 1977, el Presidente de la República dictó una serie de decretos. Ellos son: el 1650, el 1651, el 1652 y el 1653, todos del año de 1977, de los cuales, para lo que se estudia, interesa, en primer lugar, el segundo de los enumerados, o sea, el 1651 de 1977 que tiene el carácter de ley. además, del 1650 conviene destacar el art. 47 que puntualiza la *nueva naturaleza* del ente administrativo de los *"seguros sociales obligatorios"*, que cambia su viejo nombre por el de INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y que, al definirlo como *"establecimiento público"* dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", lo somete a la dirección y coordinación del Consejo Nacional de Seguros Sociales, que es la nueva autoridad administrativa que también creó, paralelamente, el legislador extraordinario.

3. Como lo hace notar el fallo del cual el suscrito consejero disiente, en el Decreto Ley 1651 cabe observar:

- Clasifica los empleos del Instituto en dos grandes categorías: a) los denominados *"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 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. 2°).

- Los empleos *"administrativos"*, a su turno, son clasificados así: a) de *libre nombramiento y remoción"*, reservados a los cargos de Director General, Subdirectores y Gerentes Seccionales; b) *"funcionarios de la seguridad social"*, y c) *"trabajadores oficiales"*, vinculados por contratos de trabajo que es categoría reservada a aseadores, jardineros, electricistas, mecánicos, cocineros, celadores, lavanderos, costureros, planchadores de ropa y transportadores, al tenor del art. 3° inc. 1°.

- Los *"empleados de libre nombramiento y remoción"* están sujetos a las normas generales que rigen para los demás servidores públicos de esta categoría en la rama ejecutiva del poder (art. 3°, primer inciso).

- Los *funcionarios de la seguridad social* están vinculados a la administración del ISS por *una relación legal y reglamentaria de NATURALEZA ESPECIAL*, tan especial que les confiere el derecho de celebrar convenciones colectivas con el ente para modificar las asignaciones básicas de sus cargos (art. 3°, inciso 3°). Se ubican entre estos funcionarios los empleos no enumerados en el aparte precedente.

- Los *"funcionarios de la seguridad social"*, están vinculados a la administración del ISS por *una relación legal y reglamentaria de NATURALEZA ESPECIAL*, tan especial que les confiere el derecho de celebrar convenciones colectivas con el ente para modificar las asignaciones básicas de sus cargos (art. 3°. inciso 3°). Se ubican entre estos funcionarios los empleos no enumerados en el aparte precedente.

- Los "funcionarios de la seguridad social", a su vez, subclasifican en cargos de orden discrecional, reservados para los empleos de "Director de Unidad Programática Local", "Jefe de Oficina Nacional", "Consejeros", y en cargos de carrera, que son todos los demás (art. 5°). Sin embargo, agrégase que "cuando así lo aconsejen las conveniencias de la administración, oido el concepto del Consejo Superior del Servicio Civil", puede ser variada la respectiva subclasificación.

- En cuanto hace a las normas que rigen *la carrera especial de los funcio-narios de la seguridad social*, el Decreto Ley 1651 de 1977 se ocupa tan sólo de quienes lleguen al servicio bajo la vigencia del mismo, señalando para ellos reglas acerca del ingreso, período de prueba, derechos que surgen con ocasión de las dos situaciones principales –en período de prueba y escalafonados–, obligaciones del ISS para con ellos y viceversa, etc. (arts. 6°, 23, 108, 115, 117, 118, 119, 134...). Sin embargo, de los "antiguos" trabajadores del ICSS, dice:

> "Art. 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". (Subraya el suscrito).

De igual o semejante espíritu es el segundo parágrafo del art. 35 del Decreto Ley 1652 de 1977 que reza:

> "Art. 35. *De la planta de personal.* Las personas que prestan sus servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales *serán* nombrados 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 se destaca por el suscrito).*

4. No hay duda alguna, en criterio de este consejero, que fue el propio Legislador Extraordinario, vale decir, el Presidente de la República en uso de las facultades que *protempore* le otorgó la Ley 12 de 1987, quien estatuyó –Decretos 1651 y 1652, arts. 134 y 35, respectivamente–, la *incorporación casi masiva* y *casi automática* de las personas que de atrás venían vinculadas al ICSS bajo la modalidad de contratos individuales de trabajo. La única excepción que indicó fue en cuanto "a las personas que reúnan los requisitos para gozar de pensión de jubilación, invalidez o vejez, o que estén disfrutando de cualquiera de las referidas pensiones, ni los miembros de las fuerzas militares o de policía que tengan asignación o pensión de retiro", y quienes estén "escalafonados a otras carreras, salvo la docente". (art. 119, Decreto Ley 1651 de 1977; destaca el suscrito consejero).

5. Debe destacarse también el art. 6° del mismo Decreto Ley 1651 de 1977 en cuanto habla de las dos modalidades de ingreso al servicio en el ISS, porque al armonizarlo con los ya vistos arts. 134 ibídem y 35 del 1652, se observa todavía más claramente cómo quienes estaban ya vinculados al ICSS mediante contratos individuales de trabajo, fueron designados como funcionarios de seguridad social

en cargos de *carrera* y que, al aceptarlos y posesionarse de ellos, automáticamente fueron nombrados en *período de prueba*, o sea, que no necesitaron someterse a los requisitos o etapas previas del registro de aspirantes y tampoco al concurso de que habla el art. 109 del tantas veces citado Decreto Ley 1651, sino que, se repite, una vez nombrados y posesionados, ingresaron en el período de prueba de la carrera especial de los funcionarios de la seguridad social. En efecto, dice el art. 6º del Decreto Ley 1651 de 1977:

"*Del ingreso al servicio.*- El ingreso al servicio se hará:

a) Por nombramiento ordinario cuando se trata de un cargo discrecional;

b) Por nombramiento de período de prueba cuando se trate de un cargo de carrera de funcionario de seguridad social".

Y el art. 117 del dicho Decreto Ley explica que el período de prueba tiene una duración de seis meses, "durante los cuales el Instituto evaluará el desempeño del funcionario en el cargo, *con el fin de decidir sobre su permanencia en el servicio y su incorporación a la carrera*". (Se subraya). Y agrega el art. 118 que "durante el período de prueba el funcionario podrá ser discrecionalmente retirado del Instituto", por lo cual, a *contrario sensu, rebasado el período de prueba que, se repite, es de seis meses– la Administración pierde el poder discrecional, dado que en ningún caso podrá excederse el término de seis meses sin que se produzca, ya el retiro del funcionario o su inscripción en la carrera, dentro de los ocho días siguientes, previa evaluación de servicios. En consecuencia, si venciere ese término sin que el funcionario fuese retirado, se entenderá que ha sido calificado satisfactoriamente* y la Administración deberá proceder, en todo caso, a su inscripción en la carrera. "El incumplimiento de esta obligación constituye falta grave", añade la norma.

6. De manera que aún sin tomar en cuenta lo dispuesto por el Decreto Reglamentario 413 de 1980, sino solamente las disposiciones de tipo legal que se han venido transcribiendo y comentando, surge, a la manera de ver del suscrito, que el Director General del ISS no podía declarar insubsistente sin motivación expresa, el nombramiento que había recaído en el demandante, antiguamente vinculado, bajo la modalidad de trabajador del ICSS, porque él, como todos los demás que estaban en esa situación, al ser nombrado como funcionario de la seguridad social y al posesionarse, entró en período de prueba, y al declararlo insubsistente, ya había vencido el período de prueba de seis meses. Si bien no estaba formalmente inscrito en la carrera especial, estaba cobijado por las reglas y garantías que son propias de ella ante la omisión en que incurriera el ISS al no hacer la inscripción a que estaba obligado.

De todo lo anterior se colige, como ha sido enunciado por el suscrito consejero, que el Recurso Extraordinario de Anulación ha debido prosperar, por cuanto las disposiciones legales relacionadas fueron, unas dejadas de aplicar, otras aplicadas indebidamente, y al interpretarse restringidamente los alcances del art. 118 del Decreto Ley 1651 de 1977, se menoscabó el sentido del período de prueba y de la calificación automática.

*Alvaro Lecompte Luna*

**ACLARACION DE VOTO**
**DEL DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA**

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: No. A-061. Actor: José Ismael León León.

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 nó 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 No. 4803. Actor: EUSTELLY DE JESUS RAMIREZ.

En él se lee:

*Si se concibe el ordenamiento jurídico como una plenitud hermenéutica, 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 dereecho, que consiera que la ley es de por si algo AUTONOMO e INDEPENDIENTE es posible hablar de sentencias contra la ley. Pero si la ciencia jurídica se consibe como una "PLENITUD HERMETICA, tesis universlamente aceptada hoy y consagrada en el artículo 8$^{o}$ 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 orden judicial crea una NORMA INDIVIDUAL que debe ser considerada como VALIDA, 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 froma ordinaria en que una decisión judicial puede ser nulificada...Si tal procedimiento ha concluido, o no se ha hechco 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 Geeneral del Derecho y del Estado.Textos Universitarios México 1969, pp. 188 y 189).

"La "inconstitucionalidad" o "ilegalidad" de una norma que, por una u ota razón, TIENE QUE PRESUPONERSE VALIDA, 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 es nulo. Su nulidad significa la negación de su existencia para el conocimiento jurídico. *NO PUEDE HABER NINGUNA CONTRADICCION ENTRE DOS NORMAS; QUE PERTENECEN A DIFERENTES NIVELES DEL ORDENAMIENTO LEGAL.* La unidad de éste no puede nunca ser puesta en peligro por una contradicción entre un precepto superior y otro inferior en la jerarquía del derecho (Obra citada, p. 192).

El ilustre tratadista 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 Dereecho, es en las llamadas sentencias contra ley. Aqui 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 autónomo e independieente. Pero la noción de una sentencia contra la ley que resulta por abandonar la norma genérica en la que la sentencia claramente podría subsumirse, de modo que quedarían en contradicción lógica esta norma y la norma individual de la sentencia, es UN ESPEJISMO que se desvanece con la noción del ORDENAMIENTO JURIDICO COMO UN TODO*. En efecto, producida una sentencia contra ley, el ordenamiento autoriza a recurrir de ella mediante los recursos procesales de apelación o de nulidad. Pero estos recursos significan necesariamente que la sentencia contra ley, así como puede ser REVOCADA o ANULADA, puede también ser confirmada. Con lo primero, el problema ya no subsiste; y con lo segundo se hace evidente que no cabe hablar de una SENTENCIA CONTRA LEY, desde que el propio ORDENAMIENTO CONTIENE LA POSIBILIDAD DE SU CONVALIDACION. 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 anorma 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*. Een este caso, la sentencia contra ley queda *JURIDICAMENTE HABILITADA*, por esta norma subsidiaria que SCHREIER ha llamado norma de *HABILITACION*... Para que la norma de habilitación alcance una fuerza lógica pareja a la de la norma específica general que desaloja, se requiere agregarle algo que la norma de HABILITACION tiene como su contenido conceptual. *Este algo, según lo comprueba la mecánica del ordenamiento jurídico es la decisión de UN FUNCIONARIO SUPREMO*. De todas maneras, es obvio que la NORMA DE HABILITACION 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 con-

firmatorio 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 JURIDICO 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, p. 136).

"Pasando ahora al punto de vista lógio-trascendental de este problema, ha de decirse que *si toda sentencia tiene dos fuentes formales o cauces normativos para subsumirse, la acelección 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 menttar la muerte a un hombre por otro. Solo que, teniendo mucha menor fuerza de convicción y la subsunción en la norma de habilitación, *ha de ser verdaderamente tremenda la injusticia estipuladaa 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 HABILITACION como recurso extreemo. Sólo en semejantes hipótesis se sucentencia 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 logica de la habilitación, para que una sentencia contra ley tenga valor objetivo. *Por eso la objetividad de las sentencias contra ley se tiene por excepcionalísima en la doctrina.*

"Sin embargo, la verdad es otra, porque después del análisis precedente resulta que *NO HAY SENTENCIAS CONTRA LEY*: Sólo hay sentencias que tienen fuerza de convicción o que carecen de ella... La tacha a una sentencia de ser CONTRA LEY, no significa de verdad lo que literalmente dice, a saber, la existencia de un acto ilícito; y mucho menos significa la pérdida del ser jurídico de ese acto. En rigor, la locución sólo expresa una falta de FUERZA DE CONVICCION SUPERLATIVA, con el lenguaje de una ciencia racionalistra, en cuanto el derecho ESTA 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 CONVICCION" (Teoría de la Verdad Jurídica. Carlos Cossio, pp. 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 ORGANO CUALQUIERA PROCEDA A SU CREACION NORMATIVA EXCEDIENDOSE EN LOS LIMITES IMPUESTOS A LA MISMA POR LA NORMA SUPERIOR. Se trata del caso de la SENTENCIA "CONTRA LEY" o de la Ley "Inconstitucional". En estos supuestos parecería, a simple vista, que la norma inferior carece de toda validez y que no es, por tanto, una norma. La doctrina tradicional conceptúa estos casos como NORMAS SIN VALIDEZ, ACTOS NULOS, aún INEXISTENTES, pero esta conceptualización es contradictoria. En verdad, si se analiza el orden jurídico positivo se observa que para estos casos el mismo preveé un procedimiento determinado, ya sea de ANULACION DEL ACTO, afectado de dicho vicio, ya sea de Sanción contra el órgano transgresor. Pero SI EL PROCEDIMIENTO DE ANULACION NO ES INTENTADO O SI, SIENDO INTENTADO LA NORMA CUESTIONADA ES CONFIRMADA POR EL ORGANO AUTORIZADO PARA ELLO, LA NORMA NO SE ENCUENTRA , EN VERDAD, EN CONTRADICCION CON LA NORMA SUPERIOR ya que ésta preveé expresa o implíctamente –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 contradición. 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 HABILITACION" a esta segunda parte de la alternativa que necesariamente se encuentra en la norma superior expresa o implícitamente– y que sirve para fundar la validez de las normas aparentemente carentes de ella, HABILITANDO CONSIDERANDO de este modo la decisión del inferior...".

Luego el conocido tratadista ilustra su pensamiento con el siguiente ejemplo: "sentencia contra ley" material. Supongamos que un juez dicta una sentencia contenida al texto legal del fondo. Donde éste establece una pena de 8 a 25 años dicta, por ejemplo una pena de 26; o donde aquel requiere mayoría de edad, el

juez declara la validez de un acto otorgado por un menor, etc. Contra la sentencia del juez de primera instancia tiene, el que se siente agraviado por la misma, ciertos recursos para ante un tribunal superior, contra la sentencia de este último tiene quizá recurso ante otro, etc. Pero esta cadena de instancias revisoras tiene, necesariamente, un fin. Si el particular agraviado no intenta los recursos previstos en la ley procesal en el término acordado por la misma o si, intentados dicchos recursos, el órgano supremo hasta el cual llega el interesado confirma la sentencia del Juez de primera instancia, *esta* queda habilitada o convalidada en forma definitiva (Cosa Juzgada). También en este caso la validez o invalidez de la "NORMA ANTINORMATIVA" depende en última instancia de la decisión del órgano, y ésta situación, a la que designamos con el nombre de "HABILITACION", se encuentra prevista y consagrada por el mismo orden positivo.

*"Sentencia contra ley" formal.* Un caso en todo similar al anterior se da cuando la sentencia aparece en violación a la norma que establece la competencia del órgano o el procedimiento fijado para llegar a la misma. Si no se alega en tiempo y forma la incompetencia o no se intentan también en tiempo y forma los recursos previstos por la ley (de nulidad por violación de las formas sustanciales del proceso) o si, alegada dicha incompetencia o nulidad, es desechada por el Juez, por el tribunal y, en última instancia, por el órgano supremo LA SENTENCIA QUEDA HABILITADA O CONVALIDADA y no existe, en adelante, oportunidad de cuestionar su validez (cosa juzgada).

"Como vemos, la norma de HABILITACION es una alternativa que, a lo largo de la creación graduada del derecho, *permite conferir validez a cualquier norma surgida de la misma cualquiera sea el procedimiento de su creación y el contenido de dicha norma"* (Obra citada, pp. 950 y ss).

Antonio Luis Machado neto en su obra Fundamentación Egológica de la teoría general del derecho. p. 118 nos recuerda: "Otro punto crucial de la hermenéutica tradicional es el de las sentenccias *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 hermeneúticas de progenie racionalista, en la medida que sostienen que el derecho está en la norma y no en la conducta, se encuentran ante el absurdo de tener que negar los hechos y de tener que 'prohibirlos inútilmente'. Es precisamente bajo la influencia de tales doctrinas que las legislaciones se dan a la tarea inocua de prohibir la desuetudo y las sentencias *contra legem*".

FRITZ SCHREIER, en su obra "Concetos 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 "ANTIJURIDICA". 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* (Rechlskraftnorm). *LA NORMA DE HABILITACION IMPLICA, EN GENERAL, LO SIGUIENTE: SI UN HECHO DE POSTULACION DE GRADO INFERIOR REBASA LOS LIMITES QUE LE SEÑALA LA SIGNIFICACION DEL GRADO SUPERIOR, DEBEN PRODUCIRSE LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS ESTABLECIDAS POR LA NORMA NULA. DE ESTE MODO Y MEDIANTE UN RODEO A TRAVES DE LA NORMA DE HABILITACION EL PRECEPTO NULO QUEDA INCLUIDO EN EL DERECHO POSITIVO CORRESPONDIENTE Y SE TRANSFORMA EN UN PRECEPTO VALIDO.*

"Hay, pues, que separar con todo cuidado las dos normas: la de grado superior y la de habilitación. La sentencia (habilitada) se halla bajo dos normas distintas. Su significación carece de validez en relación con la norma de grado

superior, que sólo quiere aplicar la sentencia; su portulación aparece como hecho jurídico bajo la norma de habilitación que confiere validez a la significación postulada" (Obra citada, pp. 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.

*Julio Cesar Uribe Acosta*

Bogotá, D.E., abril diez y nueve (19) de mil novecientos noventa (1990).

# SALA DE CONSULTA

# Y

# SERVICIO CIVIL

**FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS**-Improcedencia/ **DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA**-Régimen Contractual

**Si el objeto del contrato es diferente en cada caso, mal puede darse fraccionamiento de contrato si no es el mismo objeto el de cada uno de los celebrados por la administración con el mismo contratista, dentro del término de tres meses. La ley no impone, en ningún caso, obligación de celebrar un solo contrato cuando se trata de cosas del mismo género, como sí la impone cuando se trata de cosas de la misma especie.**

*Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.-* Bogotá, D.E., diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo.*

Radicación: No. 328. Referencia: Consulta del Ministro de Gobierno sobre: "Prohibición del fraccionamiento de contratos".

En oficio No. 615 el señor Ministro de Gobierno envió a la Sala la siguiente consulta:

## 1. ANTECEDENTES

El Código Fiscal del Distrito Especial de Bogota, en su artículo 225 consagra: "De la prohibición de fraccionar los contratos. Queda prohibido fraccionar los contratos, salvo en caso de licitación pública o concurso de méritos cualquiera que sea su cuantía. Hay fraccionamiento en la adjudicación cuando se suscriben dos o más contratos, entre las mismas partes, con un mismo objeto y dentro de un término de tres (3) meses. Hay también fraccionamiento cuando se busque adjudicar directamente dividiendo artificiosamente

la unidad material del objeto del contrato en partes, en forma tal que cada una de ellas quede por debajo de la exigencia de la licitación pública. Lo previsto en este artículo no es aplicable a los casos en que exista un único proveedor de bienes o servicios".

El artículo 364 del mismo Código establece los sistemas de adquisición de bienes muebles para la Administración Distrital y el Parágrafo de este artículo dispone que: "las entidades descentralizadas reglamentarán su propio Régimen de Adquisiciones sin sujeción a las cuantías establecidas en este Acuerdo. Si no lo hicieren se regirán por lo dispuesto en este Capítulo".

La Empresa Distrital de Servicios Públicos –EDIS– reglamentó las cuantías para la adquisición de bienes muebles, mediante las Resoluciones Nos. 005 de 1984 y 011 de 1988. Los artículos $1^{o}$, $2^{o}$ y $3^{o}$ de esta última disponen:

"ARTICULO PRIMERO.- El artículo primero de la Resolución No. 005 de 1984, quedará así:

Para la celebración de los contratos de compra-venta y suministro de bienes muebles se aplicarán los siguientes procedimientos y cuantías:

a) Si el valor fuere inferior a la suma de QUINIENTOS MIL ($500.000.oo) pesos, el Gerente podrá adquirir directamente mediante el trámite de Orden de Compra.

b) Si el valor fuere igual o superior a QUINIENTOS MIL ($500.000.oo) pesos e inferior a TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($3.500.000.oo), el Gerente podrá adquirir directamente previo el requisito de presentación de tres (3) cotizaciones.

c) Si el valor fuera igual o superior a TRES MILLONES QUINIENTOS MIL (3.500.000.oo) pesos e inferior a SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL ($7.500.000.oo) pesos, la adquisición se hará previo el requisito de tres (3) cotizaciones y será adjudicada por el Comité de Compras.

d) Si el valor fuere igual o superior a SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($7.500.000.oo) e inferior a DOCE MILLONES ($12.000.000.oo) de pesos, la adquisición se hará previo el trámite de la Licitación Privada que será adjudicada por la Honorable Junta Directiva.

e) Si el valor fuere igual o superior a doce millones ($12.000.000.oo) de pesos, la adquisición se hará previo el trámite de la Licitación Pública, que será adjudicada por la Honorable Junta Directiva.

"ARTICULO SEGUNDO.- El artículo segundo de la Resolución No. 005 de 1984, quedará así:

Los pagos que se causen por las adquisiciones a que se refieren los literales a) y b) del artículo anterior, serán reconocidos mediante el trámite de Orden de Compra. Aquellos que se causen por las adquisiciones a que se refieren los literales c), d) y e) del mismo numeral, deberán constar en contrato escrito.

"ARTICULO TERCERO.- Las cuantías determinadas para el trámite de adquisición se reajustarán automáticamente el primero ($1^{o}$ de febrero de cada año, en la misma proporción en que se incremente el índice de Precios al Consumidor fijado por el DANE para el año inmediatamente anterior".

La EDIS adquirió por compra directa distintas clases de filtros para vehículos automotores a diferentes proveedores, dentro de un período inferior a tres (3) meses, así:

Filtros para agua, aceite, sise, combustible, para sistemas hidráulico y de inyección, con variadas referencias para las distintas marcas y modelos de vehículos y con órdenes de compra a diferentes proveedores comerciales, en la forma siguiente:

a) Producciones AGZ LTDA., órdenes de compra Nos. 3646 y 3647 por un valor de $ 4.116.090.

b) Agrofilter Ltda., orden de compra No. 3648 por valor de $3.076.700.

c) Zarofilter Ltda., orden de compra por valor de $2.456.850.

d) Comercializadora el Porvenir Ltda., órdenes de compra Nos. 3631 y 3632 por valor total de $13.561.340.

Cada orden de éstas comprende diferentes *ítems* todos relativos a filtros, pero cada uno con una referencia distinta de acuerdo a la clase de vehículo en el cual se va a utilizar, sin que el valor de cada *ítem* supere la cantidad fijada en la Resolución No. 11 de 1986 ya citada, en los numerales a y b. Para mayor ilustración a manera de ejemplo se citan algunas de las referencias de filtros que aparecen en los diferentes *ítems*:

- Filtros para aceite Ref.: 3612 A ó equivalentes para vehículos Super Brigadier.

- Filtros para aceite Ref.: 2821 P ó equivalentes para vehículos Bulldozer, cargadores Fial Ael s.

- Filtros para unidad sellada Ref.: 3370 o equivalentes para vehículos Brigadier.

- Filtros para sistema hidráulico Ref.: 1672 o equivalentes para vehículos Pegaso 1098 Brigadier y Super Brigadier.

- Filtros para combustibles Ref.: F G 2 o equivalentes para vehículos Chevrolet Luv, Nissan, Samurai, Nissan Patrol, Dodge Dart, Mazda, Fiat Mirafiori.

- Filtros para inyección Ref.: Magneto o equivalentes para vehículos Brigadier y Volqueta D.000.

- Filtros para sistema de aire interno, cargadores Fiat Allis 325.

- Filtros para sistema de aire externo cargadores Fiat Allis 325.

Finalmente y por tener relación con el tema, como un punto adicional a la consulta inicial, se plantea el caso muy común de las máquinas de escribir, las que pueden ser manuales, eléctricas o electrónicas y las más sofisticadas que tienen mucha similitud con un microcomputador, lo cual desde luego cambia completamente de referencia en relación con una máquina manual.

## II. INTERROGANTES:

1. ¿Habrá fraccionamiento del objeto de las adquisiciones por órdenes de compra efectuadas por EDIS en la forma señalada anteriormente?

2. ¿El fraccionamiento solamente debe presentarse cuando se adquieren bienes idénticos dentro de los tres (3) meses que señalan las disposiciones legales?

3. ¿En las adquisiciones que se requieren para las entidades cuyo objeto sea de clases, marcas, referencias u otras características diferentes, que se hacen con varios proveedores comerciales se puede presentar el fraccionamiento del contrato?

4. En el caso de las máquinas de escribir, cuando se adquieren a un mismo proveedor dentro de los seis meses, máquinas manuales y máquinas electrónicas por un valor que sumado no requeriría licitación".

## CONSIDERACIONES:

A las Empresas Industriales y Comerciales del Distrito y a las Sociedades de Economía Mixta en las que el Distrito Especial posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social, le son aplicables las normas sobre contratación

de empréstito, de obras públicas y de consultoría previstas en el Código Fiscal y las que expresamente se refieran a dichas entidades.

El artículo 364 dispone en su parágrafo que las entidades descentralizadas pueden reglamentar su propio Régimen de Adquisiciones, sin sujeción a las cuantías establecidas en el Código Fiscal; si no lo hicieren, se regirán por lo dispuesto en el Capítulo XVIII del mismo, sobre contrato de suministro. Y el artículo 369 impone también a los Gerentes o Directores de dichas entidades la obligación de adoptar un programa general de adquisiciones para la respectiva vigencia fiscal y del cumplimiento estricto del programa adoptado dependerá que no se incurra en fraccionamiento de contrato, prohibido por el artículo 225.

Para la celebración de los contratos de compraventa y suministro de bienes inmuebles, la Empresa Distrital de Servicios Públicos –EDIS– estableció mediante Resolución 011 de 1988 el siguiente procedimiento:

a) Por valor inferior a $500.000.oo *adquisición directa* del Gerente mediante orden de compra;

b) De dicha suma a tres millones y medio, presentación de tres (3) cotizaciones;

c) *Tres (3) cotizaciones y adjudicación por el Comité de Compras* para adquisiciones de tres y medio a siete y medio millones de pesos;

d) *Licitación Privada y adjudicación por la Junta Directiva*, para adquisiciones de siete y medio a doce millones de pesos;

e) Licitación Pública y adjudicación por la Junta Directiva para adquisiciones desde doce millones de pesos.

La prohibición de fraccionar los contratos, establecida por el artículo 225 del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá, cualquiera que sea su cuantía, consulta la distribución equitativa de los negocios e impide que se adjudique a la misma persona o entidad dos o más contratos con el mismo objeto, dentro de un término de tres (3) meses. Impide también que se divida artificialmente la unidad materia del objeto del contrato, con abstracción de su cuantía real, para adjudicarlo por partes y en forma directa, sin sujeción al procedimiento singular y obligatorio de la licitación o concurso.

La primera modalidad prohibida de fraccionamiento implica adjudicación repetida de contratos a determinada persona, que sólo por una vez, durante tres meses, puede ser adjudicataria. La segunda modalidad implica alteración de la unidad material del objeto del contrato y de la indivisibilidad de su cuantía, para

acomodarla al régimen de adjudicación directa, con prescindencia de otros proponentes o proveedores capaces de ejecutar el contrato.

Pero si el objeto del contrato es diferente en cada caso, como sucede con los filtros para vehículos adquiridos por la EDIS, mediante orden de compra, porque cada orden comprende diferentes *ítems*, con referencia a marca y modelo de vehículo para el cual se adquirieron, mal puede darse fraccionamiento de contrato si no es el mismo objeto el de cada uno de los celebrados por EDIS, con el mismo contratista, dentro del término de tres meses.

Consideración idéntica procede respecto a máquinas de escribir, puesto que no estaría precisado el objeto del contrato si el proveedor se obligase a entregarlas sin estar determinada su especie, ya que cada especie constituye un objeto distinto, con referencia singular, sin perjuicio de que pueda ser objeto de un solo contrato cosas del mismo género, es decir, diferentes tipos de máquina, normal, eléctrica o electrónica.

La ley no impone, en ningún caso, obligación de celebrar un sólo contrato cuando se trata de cosas del mismo género, como sí la impone *cuando se trata de cosas de la misma especie*. Y en este sentido debe entenderse el artículo 225 del Código Fiscal de Bogotá D.E., cuando se refiere a contratos con el mismo objeto.

Tampoco procedería considerar fraccionable desde el punto de vista económico o material, el objeto conformado por especies distintas, pues lo que crea la noción de unidad material del objeto, es la finalidad de su destinación.

Con los anteriores fundamentos absuelve la Sala las cuestiones planteadas en la consulta del Señor Ministro de Gobierno:

1. No hay fraccionamiento de contrato, por división de su objeto, en las adquisiciones de filtros de la Empresa Distrital de Servicios Públicos – EDIS–, relacionadas en la consulta.

2. El fraccionamiento del contrato se configura, al tenor del artículo 225 del Código Fiscal de Bogotá D.E., cuando dos o más adquisiciones *relativas a bienes de la misma especie se contrata con la misma persona o entidad en un término de tres meses*.

3. No puede presentarse fraccionamiento de contrato en adquisiciones que tengan por objeto bienes de diferentes clases, marcas o referencias.

4. Puede concluirse que no hay fraccionamiento de contrato cuando se compra por dos veces a un mismo proveedor y dentro del término de tres meses, máquinas de escribir manuales o electrónicas, siempre que cada

contrato las comprenda por separado, es decir, tenga como objeto máquinas de la misma *especie* y su valor, en cada caso no requiera licitación.

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

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria

**DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL/ MINISTERIO DE TRABAJO** - Funciones/ **SINDICATO DE BASE/ PERSONERIA JURIDICA**

**Las autoridades administrativas y específicamente el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social no están facultados legalmente para suspender la personería jurídica de los sindicatos sino cuando éstos promuevan cese ilegal de labores tendientes a perturbar el orden público y únicamente mientras dure el actual estado de sitio y esté vigente el Decreto Legislativo 1658/85. La personería jurídica de un sindicato de base puede perder vigencia porque el mismo no ejercita los derechos inherentes a la agremiación o porque ya no se presentan los fundamentos de hecho existentes en el momento del reconocimiento de la personería, pero es al juez laboral al que corresponde, en cada caso y con sujeción al debido proceso, resolver si la personería jurídica tiene o no vigencia.**

*Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.-* Bogotá, D.E., noviembre seis (6) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Referencia: Consulta sobre "reactivación de sindicatos". Radicación No. 326.

Consejero ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón*

La señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social, doctora María Teresa Forero de Saade, después de hacer consideraciones en torno al derecho de asociación y el reconocimiento de personería jurídica a los sindicatos de trabajadores, y advertir que de conformidad con el convenio 87 de la OIT (aprobada por la Ley 26 de 1976): "las organizaciones de trabajadores y de emplea-

dores no están sujetas a disolución o suspensión por la vía administrativa", formula a la Sala la Consulta que contiene los siguientes planteamientos:

1. ¿Pueden considerarse como válidas, de acuerdo a la ley y los estatutos de las organizaciones sindicales, las denominadas asambleas de "REACTIVACION DE SINDICATOS", cuando no concurren a las mismas el número mínimo que debe tener la organización sindical para subsistir, en los términos del artículo 356 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo?

2. ¿Pueden efectuar actos propios de una organización sindical los miembros de una de aquellas en la cual se ha reducido el número mínimo de afiliados pero que conserva la personería jurídica vigente?

3. ¿Qué debe hacer el Ministerio de Trabajo, con las limitaciones ya señaladas, ante solicitudes de inscripción de Juntas Directivas elegidas mediante las denominadas asambleas de reactivación de sindicatos (artículo 11 Decreto 1469/78) o la oposición del patrono a las mismas o al otorgamiento de personería jurídica de otra organización de base de la empresa, aduciendo la certificación sobre la existencia de otro registro sindical en el Ministerio?

4. ¿Podría el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuando ha comprobado administrativamente que una organización sindical no reúne el número mínimo de afiliados para subsistir o cuando no ha realizado actividades propias como tal, y en guarda del derecho de asociación de que trata el artículo 44 de la Constitución Nacional, cancelar el registro sindical para permitir que otros trabajadores puedan constituir nueva organización sindical?

5. Si la respuesta anterior fuere negativa, ¿cuál sería el procedimiento dentro del marco de la ley, que debería adoptar el Ministerio de Trabajo, ante las solicitudes que como las ya reseñadas se le formulan, para garantizar el derecho de asociación?

## LA SALA CONSIDERA

El artículo 44 de la Carta Fundamental, las Leyes 26 y 27 de 1976, 11 de 1984, el Código Penal y el Código Sustantivo del Trabajo, constituyen el marco jurídico que regula y protege el derecho de asociación y su ejercicio, así:

La Ley 26 de 1976, por medio de la cual el Congreso de Colombia aprobó el Convenio No. 87 adoptado por la trigésima primera reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la libertad sindical

y a la protección del derecho de sindicalización, está vigente en el territorio nacional desde el 16 de noviembre de 1977.

El Convenio 87 de la OIT reconoce el derecho que tienen los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes con el objeto de **fomentar y defender sus intereses**. Prohibe a las autoridades intervenir para limitar o entorpecer el ejercicio de este derecho, así como decretar la disolución o suspensión de estas organizaciones por *vía administrativa*. (Artículos 2, 3, 4 y 10 *ibídem*).

La Ley 27 de 1976 por medio de la cual el Congreso de Colombia aprobó el Convenio 98 adoptado por la trigésima segunda reunión de la Conferencia General de la OIT relativo a la aplicación del derecho sindical y de negociación colectiva, rige también en la República desde el 16 de noviembre de 1977. Consagra la protección necesaria para la garantía del derecho de sindicalización y establece la obligación de crear organismos nacionales destinados para tal fin.

Por su parte, el Código Penal, artículo 292 y la Ley 11 de 1984, artículo 15, protegen el derecho de asociación al sancionar las conductas tendientes a perturbar su ejercicio.

A su vez, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 379 tipifica las prohibiciones a que están sujetos los sindicatos, entre ellas las de promover el desconocimiento de preceptos legales, o normas convencionales o contractuales que obliguen a los afiliados (Letras f. y g.).

Los artículos 380 y 381 consagran las sanciones que puede imponer el Ministerio de Trabajo cuando los sindicatos no cumplen las disposiciones a que están sometidos, las cuales consisten, en su orden, en multas, suspensión en los cargos sindicales a los miembros responsables de la directiva, suspensión de la personería jurídica del sindicato por el tiempo que la transgresión subsista y, en último término, podrá solicitar de la justicia laboral la cancelación de la personería, la disolución o liquidación del sindicato. (Empero, debe entenderse que el Convenio 87 de la OIT dejó sin vigencia lo relativo a la suspensión por la vía administrativa).

De otro lado, la Ley 1a. de 1989 y el Decreto Ley 1422 del mismo año, delimitan la competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y en estas normas no existe autorización que le permita disponer sobre la disolución de sindicatos o la cancelación de la personería jurídica de los mismos.

La Ley 1a. de 1989 por medio de la cual se confieren facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar la organización y estructura del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dispone en su artículo 2$^{o}$ que dichas

facultades "serán desarrolladas dentro de los parámetros y marco general de acción que a continuación se expresa:

...

5. Fortalecer el ejercicio del derecho de asociación que la Constitución y la ley establecen, mediante la creación de una dependencia encargada de promover la capacitación sindical y laboral;

7. Actualizar las funciones del Ministerio de acuerdo con las normas que en área laboral y de Seguridad Social, han sido expedidas desde 1976 y con los convenios de la OIT, debidamente ratificados".

El Presidente de la República, con fundamento en la ley citada, expidió el Decreto 1422 de 1989 que establece dentro de las funciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la de promover y organizar los derechos al trabajo, a la asociación y a la huelga, conforme a las disposiciones constitucionales y legales; así como ejercer la inspección y vigilancia de las asociaciones. (Artículos $3^{o}$ numeral $8^{o}$ y $5^{o}$ numeral $3^{o}$); esta última la ejerce la Dirección General del Trabajo a través de la Subdirección de Relaciones Colectivas y la División de Reglamentación y Registro Sindical, dependencias a las que corresponde dirigir y coordinar las acciones para el reconocimiento de la personería jurídica de sindicatos en el país, así como organizar y mantener actualizado el registro sindical.

Aunque el artículo 534 del mencionado decreto dispone que la Subdirección de Relaciones Colectivas puede "cancelar el registro sindical en los casos previstos por la ley", lo cierto es que legalmente sólo es posible para la administración cancelar el registro sindical cuando el juez laboral lo hubiere ordenado como consecuencia de la cancelación de la personería jurídica del sindicato.

Es preciso destacar, por lo demás, que el Decreto Legislativo 1658 de 1985, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, dispuso que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social puede suspender la personería jurídica hasta por el término de un año a los sindicatos que ordenen, organicen, dirijan, promuevan, fomenten, apoyen o estimulen cese de las actividades normales de carácter laboral, al margen de la ley.

Juzgada la constitucionalidad de la norma anterior por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de agosto de 1985, fue declarada exequible.

En consecuencia, a las autoridades administrativas y específicamente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no están facultados legalmente para suspender la personería jurídica de los sindicatos sino cuando éstos promuevan cese ilegal

de labores tendientes a perturbar el orden público y únicamente mientras dure el actual Estado de sitio y esté vigente el Decreto Legislativo 1658 de 1985. Por el contrario, existe prohibición expresa para que las autoridades administrativas suspendan o disuelvan a las agremiaciones sindicales; significa ello que es el órgano judicial, por medio de sentencia al que le compete disponer sobre esta materia.

Ahora bien: el artículo 359 del Código Sustantivo del Trabajo establece que todo sindicato de trabajadores necesita para constituirse o **subsistir** un número no inferior a veinticinco (25) afiliados. En concordancia, el artículo 401 del mismo Código señala como causal de disolución de los sindicatos de trabajadores la reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco.

Aquella es una causal en la que puede hallarse incurso un sindicato de base para su disolución; pero de no intervenir la voluntad del mismo para proceder a su liquidación, es exclusivamente al juez laboral al que corresponde decidir sobre su subsistencia, disolución o liquidación. Cualquiera de estas hipótesis tiene efectos en la personería jurídica y por ende, en el ejercicio de las actuaciones necesarias para la protección del derecho de asociación. Siempre que no exista voluntad por parte del sindicato para disolverse o liquidarse, procederá la decisión judicial, dado que la causal de disolución no opera *ipso jure*.

Hay que tener presente que la causal de reducción de los afiliados a un número inferior a 25, es una disposición anterior al Convenio 87 de la OIT; por tanto, a partir del 16 de noviembre de 1977 ha de entenderse que por medio de ella se autoriza al juez para que una vez presentada pueda legítimamente declarar la cancelación de la personería jurídica.

La Sala considera que la personería jurídica de un sindicato de base puede perder vigencia porque el mismo no ejercita los derechos inherentes a la agremiación o porque ya no se presentan los fundamentos de hecho existentes en el momento del reconocimiento de la personería, pero es al juez laboral al que corresponde, en cada caso y con sujección al debido proceso, resolver si la personería jurídica tiene o no vigencia.

Con todo, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en ejercicio de la función de inspección y vigilancia y la protección del derecho de asociación, está facultado para sancionar a los infractores con las disposiciones de la Ley 11 de 1984, y los artículos 380 y 381 del Codigo Sustantivo del Trabajo; e inclusive para presentar la denuncia penal correspondiente (artículo 292 del respectivo Código).

Además, al Ministerio y específicamente a la División de Reglamentación y Registro Sindical corresponde "**mantener actualizado el registro**", lo cual

implica que si un sindicato se sitúa al margen de la ley o de sus estatutos, estos actos o hechos deben constar en el respectivo registro sindical para que sirvan de prueba al juez sobre la transgresión a la legalidad.

## LA SALA RESPONDE:

**A la pregunta número uno**. No son válidas las actuaciones realizadas por grupos de trabajadores que no reúnan el número mínimo para conformar un sindicato. Tales actuaciones no están acordes con la exigencia legal de que todo sindicato requiere para subsistir de un número de afiliados no inferior a veinticinco. En tal caso, la asamblea de reactivación carecía de *quórum* y estaría en incapacidad de obtener una mayoría decisoria.

**A la pregunta número dos**. Los miembros de una organización sindical en la cual se haya reducido el número mínimo exigido por la ley, no pueden válidamente efectuar actos propios de las agremiaciones sindicales que están en pleno ejercicio del derecho de asociación, por ajustarse en sus actividades a los preceptos legales y estatutarios, así conserve vigente la personería jurídica la organización a que pertenecen.

**A la pregunta número tres**. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social debe abstenerse de inscribir los actos de elección de Juntas Directivas que no se hayan realizado conforme a la ley y los estatutos del sindicato. Más aún: está en el deber de sancionar o de promover la sanción disciplinaria, de acuerdo con los artículos 380 y 381 del Código Sustantivo del Trabajo, a los afiliados que participaron en el acto de elección.

**A la pregunta número cuatro**. Ninguna autoridad administrativa puede cancelar, sin previo mandato judicial, el registro sindical. La abolición de éste es una consecuencia de la cancelación de la personería jurídica del sindicato, que es competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria laboral.

**A la pregunta número cinco**. Cuando el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hubiere comprobado administrativamente que una organización sindical no reúne el número mínimo de afiliados para subsistir o no ha realizado actividades propias de su organización, debe dejar constancia de estos hechos en el registro sindical; y compeler al representante legal del sindicato para que proceda a cumplir las normas estatutarias sobre disolución y liquidación del mismo. En último término, puede proponer la correspondiente demanda ante el juez laboral para efectos de la cancelación de la personería, la disolución y liquidación del sindicato, de conformidad con lo previsto en el artículo 380 del Código Sustantivo del Trabajo y disposiciones concordantes.

Transcríbase a la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (Código Contencioso Administrativo, artículo 112).

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**JURISDICCION COACTIVA** - Funcionario ejecutor /**ESTABLECIMIENTO PUBLICO/ ICT** - Facultades

**Los créditos exigibles de las entidades públicas, en ella incluidos los establecimientos públicos –como el Instituto de Crédito Territorial–, deben hacerse efectivos por el procedimiento ejecutivo de jurisdicción coactiva. Los Directores o Gerentes de los establecimientos públicos tienen la facultad legal de ejercerla.**

*Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.* Bogotá, D.E., diciembre diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo.*

Radicación: No. 338. Referencia: Consulta del Ministerio de Desarrollo Económico, sobre si puede el Instituto de Crédito Territorial directamente por jurisdicción coactiva hacer efectivos los créditos que otorga en desarrollo de sus funciones (Aplicación del artículo 11 del Decreto Ley 2304 de 1989).

Se devuelve la consulta que la señora Ministra de Desarrollo Económico hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"Conforme a lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto Ley 2304 de 1989, en armonía con el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, puede el Instituto de Crédito Territorial en forma directa, por virtud de la jurisdicción coactiva de que han sido investidos los establecimientos públicos nacionales, hacer efectivos los créditos que otorga en desarrollo de su objetivo y funciones".

## LA SALA CONSIDERA

1. La Sala, en conceptos de fechas 15 de mayo de 1986, 26 de junio y 17 de agosto de 1989, estimó que, con fundamento en los artículos 68 y 79 del Decreto-Ley 01 de 1984, los directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales y municipales están autorizados por la ley para cobrar por jurisdicción coactiva, mediante el procedimiento del juicio ejecutivo prescrito por el Código de Procedimiento Civil, los créditos exigibles en favor de las mencionadas entidades. La Sala agregó, en el concepto del 17 de agosto pasado, que el Tribunal Disciplinario, mediante providencia del 25 de agosto de 1986, dirimió el conflicto de jurisdicción que se presentó entre el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales y la Administración de Impuestos Nacionales de la misma ciudad, en el sentido de considerar y decidir que los artículos 68 y 79 del Decreto Ley 01 de 1984, que regulan la jurisdicción coactiva, prevalecen sobre cualesquiera otros relativas a la misma materia y permiten a las entidades públicas hacer efectivos, por el procedimiento de jurisdiccción coactiva, los créditos que a su favor sean exigibles.

2. Posteriormente, el artículo 11 del Decreto Ley 2304 de 1989 aclaró los artículos 68 y 79 del Decreto Ley 01 de 1984 en cuanto dispone que, de conformidad con las mismas disposiciones, "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".

La Sala considera que el artículo 11 del Decreto Ley 2304 de 1989, antes transcrito, reitera y aclara el sentido de los artículos 68 y 79 del Decreto Ley 01 de 1984 y que, en consecuencia, como expuso en los mencionados conceptos, los créditos exigibles de las entidades públicas, en éllas incluidos los establecimientos públicos –como el Instituto de Crédito Territorial–, deben hacerse efectivos por el procedimiento ejecutivo de jurisdicción coactiva. Los Directores o Gerentes de los establecimientos públicos tienen la facultad legal de ejercerla.

3. El artículo 68 del Decreto Ley 01 de 1984 determina dos clases de títulos ejecutivos. La primera constituida por los que señala la misma disposición, con caracter de exigibles, no obstante no provenir del deudor. La segunda formada por todos los demás títulos provenientes del deudor que comprueben una obligación clara, expresa y exigible.

**LA SALA, CON FUNDAMENTO EN LO EXPUESTO, RESPONDE:**

El Instituto de Crédito Territorial, por medio del director o gerente, puede hacer efectivos, mediante el procedimiento de jurisdicción coactiva, de conformidad con los artículos 68 y 79 del Decreto Ley 01 de 1984 y 11 del Decreto Ley 2304 de 1989, los créditos exigibles en favor de la misma entidad.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a las señoras Ministra de Desarrollo Económico y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

*Elizabeth Castro R.* Secretaria.

**ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/ CONTROL FISCAL/ CONTRALORIA GENERAL** - Funciones

**La Ley 20/75 sustituyó parcialmente a la Ley 151 de 1959 porque dentro de las disposiciones que se refieren al control de entidades descentralizadas, recogió, reiteró y amplió los principios de control fiscal establecidos en la Ley 151. El artículo 10 de esta ley no contraría las normas posteriores sobre control fiscal, por lo mismo la Sala estima que se encuentra vigente. Por tecnicismo jurídico, debe entenderse que los decretos leyes de la reforma administrativa, modificaron el art. 10 de la L. 151/59, en cuanto se precisa que debe entenderse por entidades descentralizadas, evitando, de esta manera, los equívocos que pudieran presentarse. Queda claro que las entidades descentralizadas, están sometidas al control fiscal de la Contraloría general de la República, y por lo mismo deben contribuir con los gastos de fiscalización.**

*Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.-* Bogotá, D.E., siete (7) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve(1989).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Rad. No. 336. Ley 51 de 1959. Empresas y establecimientos públicos descentralizados. Vigencia y control de la función fiscal que corresponde a la Contraloría General de la República.

El señor Ministro de Desarrollo Económico Doctor Carlos Arturo Marulanda Ramírez, formula a la Sala una consulta previa a las textuales consideraciones que se enuncian a continuación:

La Ley 51 de 1959 trata sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados en lo atinente a la vigencia y control de la gestión fiscal que corresponde a la Contraloría General de la República específicamente, a los gastos de esa actividad (artículo 10).

En posteriores desarrollos legislativos se expidió la Ley 20 de 1975 que modificó y adicionó las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, fijando directrices y sistemas para el ejercicio del control fiscal; las normas de la Reforma Constitucional de 1968 y el Estatuto Orgánico del Presupuesto –Decreto Ley 294 de 1973.

Se han presentado controversias relativas a la vigencia de la Ley 151 de 1959 y su sustitución total o parcial por la Ley 20 de 1975, lo cual tiene incidencia sobre la consideración de la fundamentación legal para la fijación de la contribución por gastos de fiscalización por parte de la Contraloría General de la República por cuanto se considera en unas interpretaciones que sólo se establecen mecanismos para que por medio de otra ley se fije, mientras que otra concepción la considere ejercicio de la función administrativa inherente a la propia organización de la Contraloría General de la República.

Al respecto, se solicita de esa Honorable Corporación, se sirva absolver las siguientes preguntas:

- Sustituyó la Ley 20 de 1975 en su totalidad a la Ley 151 de 1959 y en caso de sustitución parcial, cuál es la sustentación jurídica de su vigencia?

- En relación con el artículo 10 de la Ley 151 de 1959 en qué situación legal se encuentra frente a las normas de la Reforma Constitucional de 1968 y sus posteriores desarrollos tales como Decreto-ley 294 de 1973 hoy derogado por la Ley 38 de 1989?

- En la hipótesis de considerarse vigente el artículo 10 de la Ley 151 de 1959, dictaminar si el mismo establece una contribución, o fija los mecanismos para que por medio de otra ley se fije y si con base en la mencionada disposición la Contraloría General de la República ejerce función administrativa inherente a su propia organización?

## LA SALA CONSIDERA

1. El control fiscal en Colombia comenzó a tomar verdadera importancia a partir de la expedición de la Ley 42 de 1923, cuando la Misión Kemmerer recomendó al Gobierno la creación de una entidad administrativa independiente de las demás entidades del Estado, que se denominó Departamento de Contraloría.

Mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1945 se elevó a cánon constitucional la Contraloría y se le dió el nombre de Contraloría General de la República encargada de la vigilancia de la gestión fiscal.

A través de los años y desde la expedición de la Ley 42 de 1923, se dictaron diferentes normas tendientes a reglamentar el control fiscal y los mecanismos para manejar los fondos y bienes públicos, entre ellos se encuentra el Decreto 911 de 1932, la Ley 58 de 1946 y la Ley 151 de 1959.

Posteriormente se expidió la Ley 20 de 1975, que con fundamento en la reforma administrativa de 1968, reguló con más profundidad todo lo relativo al control fiscal. Esta ley subsumió las demás normas que, de manera dispersa reglamentaron la función de la Contraloría y se convirtió en el Estatuto Orgánico de la Contraloría General de la República junto con los Decretos-leyes 924, 925, 926 de 1976, expedidos con fundamento en las facultades concedidas al Presidente de la República por dicha ley.

2. Como antes de la Reforma Constitucional y administrativa de 1968, no se tenía precisión y claridad sobre la naturaleza jurídica de las entidades descentralizadas, las normas que se referían al control fiscal trataban indistintamente a esta clase de organismos. Sin embargo, la Ley 151 de 1959 fue, sin lugar a dudas, la norma que marcó la pauta para que el Legislador entrara a efectuar la definición y distinción de las mencionadas entidades. Además, fue la primera norma de carácter legal, que dispuso el control y vigilancia fiscal sobre el manejo de los bienes del Estado por entidades de diverso origen.

Gran parte de las previsiones de la Ley 151 de 1959 fueron recogidas por la Ley 20 de 1975, ampliándolas y desarrollándolas de acuerdo con los cambios normativos que se habían producido en esa época.

3. La Ley 20 de 1975 y los Decretos Extraordinarios expedidos con fundamento en las facultades otorgadas al ejecutivo por ella, no se refirieron a los gastos de fiscalización a cargo de entidades descentralizadas, establecidos por el artículo 10, de la Ley 151 de 1959, que dice: "Los gastos de fiscalización de las empresas y los establecimientos públicos descentralizados afectarán al presupuesto de las respectivas empresas, para lo cual se consignan en la Tesorería General de la República las sumas apropiadas.

"El gobierno con base en estos nuevos recursos, adicionará las partidas correspondientes a la Contraloría". De otra parte, dicha disposición no fue derogada expresamente por la Ley 20 de 1975, ni tampoco puede entenderse que la derogación haya sido tácita, por cuanto esa norma no se opone desde ningún punto de vista a la función fiscalizadora que debe ejercer la Contraloría General de la República. Por el contrario, la contribución de las entidades descentralizadas

para los gastos de fiscalización, permite una mayor eficacia del control fiscal, porque asegura la solvencia económica que debe mantener la Contraloría.

**De manera que, la Sala considera que el artículo 10., de la Ley 151 de 1959 se encuentra vigente**, aún más, porque fue reglamentado por el Decreto 755 de 1984, que determinó la forma de establecer las cuotas de auditaje con que debe contribuir cada entidad descentralizada, vigilada por la Contraloría General de la República.

El mencionado Decreto 755 de 1984, desarrolló el mandato del artículo 10., de la Ley 151 de 1959, y dispuso que las entidades descentralizadas deberán consignar en la Tesorería General de la República, el valor de los gastos de fiscalización determinados en las resoluciones expedidas por el Contralor General y refrendadas por el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Las sumas mencionadas deben ingresar a fondos comunes, toda vez que no constituyen una renta con destinación especial (arts. $1^{o}$ y $3^{o}$ Dto. 755 de 1984).

4. Lo previsto en el artículo 10., de la Ley 151 de 1959 y en el Decreto 755 de 1984 se incluye todos los años en la correspondiente ley sobre presupuesto de rentas y recursos de capital y apropiaciones para la respectiva vigencia fiscal; tal es el caso, de las Leyes 46 de 1987 y 57 de 1988 que disponen en los artículos $4^{o}$, textualmente lo siguiente: "De conformidad con el Decreto 755 de 1984, los dineros por concepto de auditaje, previsto en la Ley 151 de 1959, que deben sufragar las entidades sujetas a la vigilancia de la Contraloría General de la República ingresarán a fondos comunes y se consignarán en la Tesorería General de la República a más tardar el 30 de mayo".

5. Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde los interrogantes planteados por el señor Ministro de Desarrollo Económico en el mismo orden de la consulta:

1. **La Ley 20 de 1975 sustituyó parcialmente a la Ley 151 de 1959**, porque dentro de las disposiciones que se refieren al control de entidades descentralizadas, recogió, reiteró y amplió los principios de control fiscal establecidos en la Ley 151. El Legislador no consideró necesario referirse a los gastos de fiscalización, establecidos en el artículo 10., de la citada Ley 151 de 1959 que se habían consolidado a través de las leyes mediante las cuales se expedía el presupuesto de rentas y recursos de capital de la Nación.

Como se indicó, el artículo 10., mencionado, no contaría las normas posteriores sobre control fiscal, por lo mismo, **la Sala estima que se encuentra vigente**.

2. El artículo 10., de la Ley 151 de 1959, **se refiere a los gastos de fiscalización** que deben pagar las entidades descentralizadas, sobre las cuales

ejerce control fiscal la Contraloría General de la República. Los términos que utilizó el mencionado artículo para describir a dichas entidades fueron los de "empresas y establecimientos públicos descentralizados" equivalentes a los términos institutos o empresas oficiales empleados por la Ley 65 de 1967, que se transformaron por la denominación de entidades descentralizadas, en el artículo 1° del Decreto Ley 3130 de 1968 y que corresponde a tres tipos de entidades, según este mismo artículo, que son: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

De suerte que, por tecnicismo jurídico, debe entenderse que los decretos leyes de la reforma administrativa, **modificaron** el artículo 10., de la Ley 151 de 1959, en cuanto se precisa qué debe entenderse por entidades descentralizadas, evitando, de esta manera, los equívocos que pudieran presentarse.

De otro lado, la reforma administrativa de 1968, **reiteró** el principio del control fiscal que debía ejercerse por la Contraloría General de la República, sobre las entidades descentralizadas, incluidas las sociedades de economía mixta (numeral 6°, artículo 32, Decreto Ley 1050 y 41 del Decreto Ley 3130 de 1968). La Ley 38 de 1989, estatuto orgánico del presupuesto general de la nación, dispone que la Contraloría ejercerá vigilancia fiscal de la ejecución del presupuesto sobre todos los sujetos presupuestales, dentro de los que están incluidas las entidades descentralizadas.

Así las cosas, esta muy claro que las entidades descentralizadas, **están sometidas al control fiscal de la Contraloría General de la República**, y por lo mismo, deben contribuir con los gastos de fiscalización, según el artículo 10., de la Ley 151 de 1959 y su Decreto Reglamentario 755 de 1984.

3. El artículo 10., de la Ley 151 de 1959, **creó una contribución a cargo de las entidades descentralizadas**, para ayudar a sufragar los gastos que demande la actividad de vigilancia fiscal ejercida por la Contraloría General de la República, **dicha norma no estableció los mecanismos para determinar el monto de las contribuciones, ni el período dentro del cual deba cumplirse con la obligación de su pago, por esa razón, se hizo necesaria la expedición de un Decreto Reglamentario, que fijara todas las reglas tendientes a evitar que el cumplimiento de la citada norma se hiciera nugatorio. Fue así, como el Gobierno expidió el Decreto 755 de 1984, que ha venido regulando, como se indicó, todo lo relativo a la fijación de cuotas de auditaje, pago de las mismas y el manejo de dichos valores como renta sin destinación especial dentro del presupuesto nacional.**

En este orden de ideas, se tiene que el mandato del artículo 10., de la Ley 151 de 1959, **no necesita la expedición de una nueva ley para su cumplimiento**, solamente basta con la reglamentación que el Gobierno dispuso,

regulación a la que están sometidos tanto el Contralor General de la República como las entidades descentralizadas sujetas a su control.

Las actividades que con relación a dicho artículo lleve a cabo el Contralor **no tienen que ver con la función administrativa inherente a su propia organización**, toda vez que, como lo ordena el artículo 1° del Decreto 755 de 1984, **el Contralor debe fijar mediante resolución** el monto de los gastos de fiscalización "que según el artículo 10., de la Ley 151 de 1959, deben pagar las entidades descentralizadas" con base en los costos del servicio "calculados según la planta de personal y asignaciones de la respectiva auditoría, refrendada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público", **de donde se deduce que ésta es una actividad propia del control fiscal que ejerce la Contraloría General de la Nación.**

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado **ABSUELVE** la consulta formulada por el señor Ministro de Desarrollo Económico.

Transcríbase en copia auténtica a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República y al señor Ministro de Desarrollo Económico.

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

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria de la Sala.

**REVOCACION DIRECTA DEL ACTO** - Improcedencia/ **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ COMPETENCIA/ CAMARA DE COMERCIO** - Control

**Solicitada la revocación directa ante el mismo funcionario que puso fin a la actuación administrativa y decidida por éste en forma negativa, tal decisión no puede revocarla, en ningún tiempo, el inmediato superior, pues ello significaría desconocimiento de una competencia ejercida válidamente. En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio no puede revocar la actuación de la Cámara de Comercio que, en ejercicio de función pública decidió en forma negativa una petición de revocatoria directa.**

*Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.-* Bogotá, D.E., veintidos (22) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo.*

Radicación No.: 321. Referencia: Consulta del Ministro de Desarrollo Económico sobre: "Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio para revocar de oficio un acto administrativo violatorio de la Ley".

En Oficio No. 650 el señor Ministro de Desarrollo Económico, envió a la Sala la siguiente consulta:

## A. ANTECEDENTES

- Una entidad (Cámara de Comercio) en ejercicio de la función pública de Registro Mercantil profiere un acto administrativo.

- Contra dicha providencia procedían los recursos de la vía gubernativa, los que no fueron interpuestos en su debida oportunidad.

- Ante la misma entidad los interesados formularon una petición de revocatoria directa del acto, la que fue resuelta desfavorablemente.

- En virtud del Decreto 149 de 1978, la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce inspección y vigilancia sobre las Cámaras de Comercio del país, esencialmente de carácter administrativo.

- Por petición de una de las partes, la Superintendencia conoció las actuaciones de esa Cámara y encontró que el acto proferido por esta, viola disposiciones de orden legal.

Con base en lo anterior se consulta:

Puede la Superintendencia de Industria y Comercio revocar (artículo 69 C.C.A) la actuación de la Cámara de Comercio, a pesar de existir previamente un pronunciamiento desfavorable de dicha entidad, al decidir en forma negativa una petición de Revocatoria Directa?".

## CONSIDERACIONES:

Al señalar las causales de revocación directa de los actos administrativos, el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo prescribe a los funcionarios que los expidieron o a sus inmediatos superiores el deber de revocarlos, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, si contra dichos actos no proceden los recursos de la vía gubernativa, conforme lo dispone el artículo 10., del Decreto 2304 de 1989.

Pero solicitada la revocación directa ante el mismo funcionario que puso fin a la actuación administrativa y decidida por este en forma negativa, tal decisión no puede revocarla, en ningún tiempo, el inmediato superior, pues, ello significaría desconocimiento de una competencia ejercida válidamente.

El deber impuesto por la norma está circunscrito a ser cumplido cuando se den las causales previstas y la decisión debe ser adecuada a los fines de la norma que lo impone, mas no a la forma que el interesado considere conveniente. De donde un pronunciamiento negativo respecto a revocación directa de determinado acto, produce todos los efectos de una decisión definitiva y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así.

Poner fin a una actuación administrativa significa hacer imposible continuarla y ningún funcionario tiene opción contraria respecto de la revocación directa de los actos administrativos.

Decisión definitiva, motivada en los aspectos de hecho y de derecho, que resuelva todas las cuestiones planteadas o surgidas en el curso de la actuación, queda en firme, cuando recae sobre un recurso interpuesto, o cuando contra ella no procede ninguno, según los artículos 62 y 70 del Código, ahora modificado por el artículo 10., del Decreto 2304 de 1989. La decisión, entonces, sobre revocación directa, así pronunciada conserva su firmeza y no puede revocarse ni mediante petición de parte interesada ni oficiosamente.

Con el fundamento expuesto la Sala concluye que la Superintendencia de Industria y Comercio no puede revocar la actuación de la Cámara de Comercio que, en ejercicio de función pública decidió en forma negativa una petición de revocatoria directa.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del Ministro de Desarrollo Económico.

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**ZONAS FRANCAS/ ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE BARRANQUILLA** - Régimen Laboral/ **CONVENCION COLECTIVA**

**En la Convención Colectiva de trabajo se definieron como trabajadores oficiales, sólo para los efectos relacionados con ella, los que tenían tal carácter en las Resoluciones 001 y 002 de 1982 expedidas por la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, no obstante que habían dejado de regir porque fueron subrogadas por el artículo 33 del Acuerdo 000010/87 de la misma junta, aprobado por el D. 0144/88 del Gobierno Nacional. De ahí que las indicadas resoluciones sólo constituyen un término referencial y que su obligatoriedad provenga, no de su vigencia, sino de las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo.**

*Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.-* Bogotá, diez y nueve (19) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Consejero ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo.*

Radicación: No. 334. Referencia: Consulta del Ministerio de Desarrollo Económico, sobre aplicación del artículo 33 del Decreto 144 de 1988 a algunos empleados de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla.

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

"Para una mayor precisión en los asuntos materia de la consulta, tengo a bien hacer una breve reseña de las normas y actos que estimo pertinentes".

"1. La Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía

administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que se reorganiza conforme a lo establecido en la Ley 105 de 1958, el artículo 1° de la Ley 109 de 1985 y en el Decreto 144 de 1988, mediante el cual se aprobó el Acuerdo 000010 de abril 27 de 1987 por el cual se adoptaron los Estatutos Internos de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla".

"2. El 25 de marzo de 1982, fue expedida por la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla la Resolución No. 001, mediante la cual en su artículo primero se determinó que varios cargos serían desempeñados por trabajadores oficiales, de conformidad con la naturaleza de sus funciones; estos cargos son:"

Chofer mecánico de la Dirección General, la Subdirección General, la Subdirección de Operaciones y Control, la Subdirección de Comercio Exterior, la Subdirección Técnica y del Grupo (sic) de Seguridad y Vigilancia.

Auxiliar de Servicios generales del Grupo de Seguridad y Vigilancia de la Sección Bodegas y Patios, y de la Sección de Mantenimiento y Servicios.

Profesionales universitarios, Supervisor, Topógrafo y Operarios calificados de la Sección de Ingeniería y Arquitectura.

Supervisor y Operario calificado de la Sección Mantenimiento y Servicios.

"3. Posteriormente, fue expedida también por la Junta Directiva, la Resolución No. 002 de julio 28 de 1982, mediante la cual se adicionó la Resolución No. 001 , en el sentido de extender a otros cargos su prestación por parte de trabajadores oficiales así:

Celadores del grupo de Seguridad y Vigilancia.

Auxiliar de Servicios Generales de la Sección de Personal.

Auxiliar de Servicios Generales de la Sección Bodegas y Patios".

"4. El Decreto 144 de enero 25 de 1988, por el cual se aprobó el Acuerdo 000010 de 1987 que adoptó los Estatutos Internos de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, señala en su artículo 33:

"**Artículo 33**.- Calidad de Empleados Públicos. Para todos los efectos legales, las personas que presten sus servicios en la Zona Franca de Barranquilla son empleados públicos y estarán sometidos al régimen legal vigente para los mismos, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968. No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1950 de 1973, tendrán la calidad de trabajadores oficiales las personas que desempeñen actividades de construcción, mantenimiento de redes eléctricas y telefónicas, mantenimiento de aires acondicionados,

pintura y reparaciones menores, albañilería, mantenimiento de zonas (sic) verdes y jardinería, siempre que no sean profesionales ni técnicos y se trate de obras civiles a ejecutar directamente por la Zona Franca".

"5. En el mes de febrero de 1988, se suscribió la Convención Colectiva de trabajo entre la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de la entidad, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1989".

En el artículo 2° de dicha convención se estableció:

"**Artículo Segundo**. Campo de aplicación de la Convención. La presente Convención Colectiva de trabajo rige para todos los trabajadores oficiales y sindicalizados al servicio de la zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, que dependen orgánicamente de la misma o que posteriormente se vinculen a ella mediante contrato de trabajo.

Se entiende por trabajadores oficiales los que desempeñen en forma permanente cualquiera de las actividades determinadas en las Resoluciones No. uno (1) del 25 de marzo de 1982 y número dos (2) del veintiocho (28) de julio de 1982 de la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y los que posteriormente se determinen en igual forma".

"Por todo lo anteriormente expuesto se consulta:

"1. En razón a la expedición y vigencia del Decreto 144 de 1988, pierden o conservan su condición de trabajadores oficiales los trabajadores que ocupan los cargos relacionados en las Resoluciones 001 y 002 de 1982?

"2. En caso de haber perdido su condición, que (sic) efectos les genera su inclusión como trabajadores oficiales en la Convención Colectiva de trabajo?

"3. Una vez termine la vigencia de la Convención Colectiva suscrita, en que (sic) condición quedan los empleados relacionados en las Resoluciones 001 y 002 de 1982?"

## LA SALA CONSIDERA:

1. Según el artículo 5° del Decreto Ley 3135 de 1968 las personas que trabajan en los establecimientos públicos nacionales son empleados; pero, las que laboran en la construcción o en el mantenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. La misma disposición agrega que "en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo".

2. La Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla fue creada como un establecimiento público nacional y, como todas las demás existentes en el país, mantiene ese carácter (arts. 1° de la Ley 105 de 1958 y 1° de la Ley 109 de 1985).

3. Según el contexto de la consulta, el artículo 1o de la Resolución 001 del 25 de marzo de 1982, adicionado por la Resolución No. 002 del 28 de julio del mismo año, ambas expedidas por la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, determinó las actividades que en la misma entidad debían ser desempeñadas por trabajadores oficiales.

Posteriormente, el artículo 33 del Acuerdo No. 000010 del 27 de abril de 1987, expedido por la Junta Directiva de la mencionada entidad y aprobado por el Decreto No. 0144 del 25 de enero de 1988, dictado por el Gobierno Nacional, dispuso que "para todos los efectos legales las personas que presten sus servicios en la Zona Franca de Barranquilla son empleados públicos y estarán sometidas al régimen legal vigente para los mismos, conforme a lo dispuesto por el artículo 5o del Decreto No. 3135 de 1968. No obstante, conforme a lo dispuesto en el artículo 3o del Decreto 1950 de 1973, tendrán la calidad de trabajadores oficiales las personas que desempeñen actividades de construcción, mantenimiento de redes eléctricas y telefónicas, mantenimiento de aires acondicionados, pintura y reparaciones menores, albañilería, mantenimiento de zonas verdes y jardinería, siempre que no sean profesionales ni técnicos y se trate de obras civiles a ejecutar directamente por la Zona Franca".

4. La Sala considera que el Acuerdo No. 000010 del 27 de abril de 1987, expedido por la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y aprobada por el Decreto 0144 del 25 de enero de 1988 del Gobierno Nacional, constituye el estatuto de la entidad, cuyo artículo 33 regió todo lo relativo al personal. Por consiguiente, subrogó el artículo 1° de la Resolución 001 del 25 de marzo de 1982 y la No. 002 del 28 de julio del mismo año que, como se expresó antes, determinaban las actividades que debían ser desempeñadas por trabajadores oficiales.

5. Según el texto de la consulta, la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y el Sindicato de Trabajadores de la entidad celebraron, en febrero de 1988, la convención colectiva de trabajo con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1989. El artículo 2° de este convenio estipuló que rige para todos los trabajadores oficiales sindicalizados al servicio de la entidad mencionada "que dependan orgánicamente de la misma o que posteriormente se vinculen a ella mediante contrato de trabajo". Se definieron como trabajadores oficiales "los que desempeñen en forma permanente cualquiera de las actividades determinadas en las Resoluciones No. uno (1) del 25 de marzo de 1982 y No. dos (2) del veintiocho

(28) de julio de 1982 de la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y los que posteriormente se determinen en igual forma".

6. La Sala considera que en la convención colectiva de trabajo se definieron como trabajadores oficiales, sólo para los efectos relacionados con ella, los que tenían tal carácter en las Resoluciones 001 y 002 de 1982 expedidas por la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, no obstante que habían dejado de regir porque fueron subrogadas, como ya expuso, por el artículo 33 del Acuerdo 000010 de 1987 de la Junta Directiva de la mencionada entidad, aprobado por el Decreto 0144 de 1988 del Gobierno Nacional. De ahí que las indicadas resoluciones sólo constituyan un término referencial y que su obligatoriedad provenga, no de su vigencia, sino de las estipulaciones de la Convención Colectiva de Trabajo.

La Sala, con fundamento en las consideraciones anteriores, procede a contestar las preguntas:

1. El Acuerdo 000010 de 1987, expedido por la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y aprobado por el Decreto 0144 de 1988, dictado por el Gobierno Nacional, subrogó y, por lo mismo, reemplazó a las Resoluciones Nos. 001 y 002 de 1982, también expedidas por la Junta Directiva de la mencionada entidad. Por consiguiente, desde que entró en vigencia ese Acuerdo, exclusivamente determina las actividades que deben ser desempeñadas por trabajadores oficiales en la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla

2. Sin embargo, la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada entre la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de la entidad, definió para los efectos de sus estipulaciones, como trabajadores oficiales de la entidad, definió, para los efectos de sus estipulaciones, como trabajadores oficiales a los que determinaban las Resoluciones 001 y 002 de 1982, expedidas por la Junta Directiva de la mencionada entidad, no obstante que habían dejado de regir porque fueron subrogadas por el Acuerdo 000010 de 1987, aprobado por el Decreto 0144 de 1988, ya mencionados. Por consiguiente, las indicadas resoluciones en la Convención Colectiva de Trabajo sólo tienen carácter referencial y su obligatoriedad proviene, ya que no están vigentes, de las estipulaciones de la Convención Colectiva de Trabajo.

3. Cuando termine la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo, tendrán el carácter de trabajadores oficiales las personas que desempeñen las actividades que para ellos determina el artículo 33 del acuerdo 000010 de 1987, expedido por la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de

Barranquilla y aprobado por el Decreto 0144 de 1988, dictado por el Gobierno Nacional.

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

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

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

**AREA METROPOLITANA** - Facultades/ **CONTRIBUCION DE VALORIZACION**

**El D.L. 3104/79, que regula la organización y el funcionamiento de las áreas metropolitanas, y el D.L. 1333/86 sólo facultan a las áreas metropolitanas para percibir la contribución de valorización por las obras que realicen, pero no sobre las construidas por las entidades nacionales. La contribución de valorización originada en obras nacionales sólo excepcionalmente pueden cobrarla, en la forma indicada, los municipios del país.**

*Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.-* Bogotá, D.E., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo.*

Radicación: No. 339. Referencia: Consulta del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"Con fundamento en el numeral 2 del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, este Ministerio desea consultar al Honorable Consejo de Estado sobre la aplicabilidad de los artículos 16 del Decreto Legislativo 1604/66 y 88 del Decreto 1394/70, previas las siguientes consideraciones:

"1. LOS ARTS. 16 DEL DECRETO 1604/66 Y 88 DEL DECRETO 1394/70".

"El artículo 16 del Decreto Legislativo 1604/66, establece en lo pertinente:

"Los municipios no podrán cobrar contribución de valorización por obras nacionales sino dentro de sus respectivas áreas urbanas y previa autorización de la correspondiente entidad nacional..."

"Por su parte, el artículo 88 del Decreto Reglamentario 1394 de 1970, dispone:

"El Distrito Especial de Bogotá y los municipios no podrán cobrar contribución de valorización por obras nacionales sino dentro de sus respectivas áreas urbanas, y previa autorización del Consejo Nacional de valorización de la entidad constructora de la obra, si ésta está autorizada para cobrar dicha contribución..."

"2. LAS AREAS METROPOLITANAS

"El artículo 63 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, creó legalmente las Areas Metropolitanas; mediante Ley 61 de 1978 se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para la reglamentación de las Areas Metropolitanas en ejercicio de las cuales se dictó el Decreto 3104 de 1979, el cual se refiere a la valorización de los art. 6° numeral 3°, inciso segundo, 14 literal b), y 15.

"Las disposiciones sobre valorización aplicables a las Areas metropolitanas contenidas en los artículos citados del Decreto 3104 de 1979, fueron codificadas en el Código de Régimen Municipal (D.L. 1333 de 1986) en sus arts. 354 numeral 13, 359 inciso segundo, 362 literal b), y 364.

"De las disposiciones citadas se desprende que las Juntas Metropolitanas pueden dictar el estatuto general para establecer, distribuir, ejecutar, recaudar y liquidar las obras de valorización de carácter metropolitano, así mismo pueden definir las obras cuya ejecución deba realizarse por el sistema de valorización (No. 3, art. 354 C.R.M.).

"Por su parte el art. 364 del C.R.M., establece: "La contribución de valorización de que trata la Ley 25 de 1921 y el Decreto 1604 de 1966 es aplicable a todas las obras públicas que ejecute el Area Metropolitana, previa declaración en tal sentido hecha por la Junta Metropolitana, y con sujeción al estatuto previsto en las letras a y b del numeral 3° del artículo 354 del presente Código". (se subraya).

De las disposiciones citadas, a juicio de este Ministerio, ninguna de ellas asimila las Areas Metropolitanas a los Municipios, ni permite autorizarlos por consiguiente para cobrar valorización por obras nacionales con fundamento en los arts. 16 del Decreto 1604/66 y 88 del Decreto 1394/70. Para mayor ilustración

anexo al presente fotocopia del concepto emitido al respecto por la Asesoría Jurídica de este Ministerio.

"3. EL CASO QUE SE PLANTEA

"Este Ministerio con fundamento en las disposiciones del Decreto 1604/66 y 1394/70, cuando lo ha considerado conveniente, ha venido autorizando sólo a los municipios para el cobro de valorización por obras de carácter nacional ejecutados dentro de sus áreas urbanas.

"No obstante lo anterior, el Area Metropolitana de Bucaramanga ha solicitado se le autorice para el cobro de la valorización proveniente de la obra ejecutada en la carretera Palenque-Floridablanca.

"La entidad solicitante sustenta su petición en las disposiciones citadas en los numerales que anteceden y en el estatuto Metropolitano de Valorización contenido en el Acuerdo Metropolitano 08 de abril 24 de 1988, modificado por el Acuerdo Metropolitano 20 de junio 30 de 1988 y en la consideración de que el Decreto 3104 de 1979 modifica los alcances del Decreto 1604 de 1966.

"4. LA CONSULTA

"Con fundamento en las consideraciones anteriores, este Ministerio se permite formular consulta al Honorable Consejo de Estado, para que se emita concepto sobre lo siguiente:

"4.1. Las Areas Metropolitanas se asimilan a los municipios para efectos de la aplicación de los arts. 16 del Decreto 1604 de 1966 y 88 del Decreto 1394 de 1970.

"4.2 Puede este Ministerio, con fundamento en los artículos 16 del Decreto 1604/66 y 88 del Decreto 1394/70 autorizar a las Areas Metropolitanas para que cobren valorización por obras nacionales, aún en el evento de que no se asimilen a los municipios?

"4.3. El Decreto 3104 de 1979, que reglamentó el funcionamiento de las Areas Metropolitanas, modifica el Decreto 1604 de 1966 y en qué sentido"?

## LA SALA CONSIDERA:

1. El impuesto de valorización, establecido por la Ley 25 de 1921, se hizo extensivo a todas las obras de interés público que ejecutan la Nación, los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios o cualquiera otra entidad

de derecho público y se lo denominó contribución de valorización por el Decreto Legislativo 1604 de 1966.

Así mismo, el artículo 2º del Decreto citado dispuso que el establecimiento, la distribución y el recaudo de la contribución de valorización debe efectuarlo la entidad nacional, departamental o municipal que ejecute la obra.

2. Sin embargo, el artículo 16 del Decreto Ley 1604 de 1966 estableció que los municipios no podrán cobrar contribución de valorización por obras nacionales, sino dentro de sus respectivas áreas urbanas y previa autorización de la correspondiente entidad nacional, para lo cual tendrán un plazo de dos años contados a partir de la construcción de la obra.

3. El Decreto 1394 de 1970 reglamentó las disposiciones legales vigentes sobre la contribución de valorización y en lo que concierne a los municipios el artículo 88 dispuso que los municipios no podrán cobrar contribución de valorización por obras nacionales sino dentro de sus respectivas áreas urbanas y previa autorización del Consejo Nacional de Valorización o de la entidad nacional constructora de la obra si ésta está autorizada para cobrar dicha contribución. Además reiteró que el Distrito Especial de Bogotá y los demás municipios podrán cobrar la contribución de valorización dentro del plazo de dos años "contados a partir de la autorización para iniciar el proceso de liquidación y recaudación".

4. Las áreas metropolitanas fueron creadas por el Acto Legislativo No. 1 de 1968, desarrollado por el Decreto Ley 3104 de 1979 mediante el cual se las definió como entidades de derecho público dotadas de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

La administración de las áreas metropolitanas está a cargo de una junta y un alcalde metropolitano y los acuerdos y decretos metropolitanos serán obligatorios para las autoridades municipales del área y no podrán, en consecuencia, ser desconocidos por el Consejo o la Alcaldía de los municipios que la conforman (arts. 1º y 3º del Decreto Ley 3104 de 1979).

5. Entre las funciones de la Junta Metropolitana, según el artículo 6º, numeral 3º, del Decreto Ley 3104 de 1979, se cuenta la de expedir el estatuto general para establecer, distribuir, ejecutar y recaudar la contribución de valorización de carácter metropolitano.

El artículo 15 del Decreto Ley 3104 de 1979 dispuso que la contribución de valorización, regulada por la Ley 25 de 1921 y el Decreto Ley 1604 de 1966, es aplicable a todas las obras públicas que ejecute el área metropolitana.

Esta disposición fue reiterada por el artículo 364 del Decreto 1333 de 1986.

6. Se pregunta si las áreas metropolitanas se asimilan a los Municipios para efecto de la aplicación de lo dispuesto por los artículos 216 del Decreto Ley 1604 de 1966 y 88 del Decreto 1394 de 1970.

Los mencionados artículos autorizan a los Municipios para cobrar la contribución de valorización causada por obras nacionales pero solamente en lo que corresponde a las respectivas áreas urbanas y previa autorización de la correspondiente entidad nacional.

De manera que las normas que regulan la contribución de valorización nacional disponen claramente que a la entidad que realice las obras le corresponde recaudarla; pero excepcionalmente facultan a los municipios para percibir la correspondiente a inmuebles ubicados dentro del área urbana municipal, siempre que se haya obtenido autorización de la entidad nacional dueña de la obra y que el recaudo se efectúe dentro de los dos años siguientes a la fecha de la autorización para iniciar el proceso de liquidación y recaudación. De donde se concluye que la ley sólo facultó a los municipios para cobrar, en la forma indicada, la contribución de valorización por las obras nacionales.

El Decreto Ley 3104 de 1979, que regula la organización y el funcionamiento de las áreas metropolitanas, y el Decreto Ley 1333 de 1986 sólo facultan a las áreas metropolitanas para percibir la contribución de valorización por las obras que realicen, pero no sobre las construidas por las entidades nacionales (arts. 6º, número 3, literal a), y 15 del Decreto Ley 3104 de 1979). La contribución de valorización originada en obras nacionales sólo excepcionalmente pueden cobrarla, en la forma indicada, los Municipios del País (arts. 16 del Decreto Ley 1604 y 88 del Decreto Reglamentario 1394 de 1970).

7. Lo expuesto permite concluir que el Decreto Ley 3104 de 1979, que determina el régimen jurídico de las áreas metropolitanas del País, no modificó el artículo 16 del Decreto Ley 1604 de 1964, que faculta a los municipios del país para cobrar, en la forma indicada, la contribución de valorización causada, dentro de su territorio, por las obras de carácter nacional.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde las preguntas del señor Ministro de Obras Públicas:

1. Las áreas metropolitanas son personas jurídicas de derecho público diferentes de los Municipios que la integran.

2. Las áreas metropolitanas no se asimilan a los Municipios para los efectos de la aplicación de los artículos 16 del Decreto Ley 1604 de 1966 y 88 del Decreto

Reglamentario 1394 de 1970. Estas disposiciones exclusivamente se refieren a los Municipios del país.

3. Las entidades nacionales que construyen o realicen obras, con fundamento en el artículo 16 del Decreto Ley 1604 de 1966, no pueden autorizar a las áreas metropolitanas para cobrar la contribución de valorización causada por las mismas. Según la mencionada disposición, esa autorización sólo pueden darla a los municipios. Sin embargo éstos pueden ceder, de conformidad con la ley, el derecho a percibir una determinada contribución de valorización.

4. El Decreto Ley 3104 de 1979, en cuanto al tema que ocupa la atención de la Sala, no modificó el Decreto-ley 1604 de 1966. Lo adiciona en cuanto permite a las áreas metropolitanas cobrar la contribución de valorización por las obras que realicen, conforme a lo dispuesto por la Ley 25 de 1921 y el Decreto Ley 1604 de 1966.

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

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

*Elizabeth Castro R.* Secretaria.

**JORNADA NOCTURNA** - Recargo/ **ASIGNACION BASICA/ FACTOR SALARIAL**

**El recargo del treinta y cinco por ciento, prescrito por el art. 35 del Decreto Ley 1042 de 1978, debe tenerse en cuenta, de conformidad con la ley, para reconocer y liquidar las primas de servicios, de navidad y de vacaciones, como también las vacaciones de los empleados de la Universidad del Cauca que tienen jornadas mixtas porque es parte integrante de la asignación básica.**

*Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.*- Santafé de Bogotá, quince (15) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo.*

Radicación: No. 349. Referencia: Consulta del Ministerio de Educación, sobre recargo nocturno –35%– como factor salarial para liquidar vacaciones, prima vacacional, prima de servicios y prima de navidad.

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

"Con el debido respeto, y en ejercicio del derecho que a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, le otorga el artículo 98 numeral 2°. del Código Contencioso Administrativo, elevo a ustedes, consulta administrativa, de carácter general, previas las siguientes consideraciones:

## 1. ANTECEDENTES:

"Desde hace varios años, el personal docente de la Universidad del Cauca, que labora en jornada mixta, viene solicitando que las prestaciones sociales en su totalidad, sean liquidadas teniendo en cuenta el valor del recargo nocturno.

"La Universidad del Cauca, establecimiento Público del orden Nacional, aplica las normas que la rigen en materia prestacional, especialmente los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 y 1045 de 1978, y solo tiene en cuenta el recargo nocturno para liquidación de cesantías y pensiones, más no para liquidar primas de servicios, navidad, vacaciones y prima vacacional.

## 2. FUNDAMENTO DE LA PETICION DE LOS DOCENTES:

"En estricto sentido legal el expresado 35%, no puede catalogarse como factor de salario o prestación social, sino como salario básico ordinario".

"En el ámbito doctrinario y jurisprudencial, existen estas tesis que corresponden al substrato de nuestro argumento:

"El salario desde el aspecto político-social es la retribución del trabajador, desde el punto de vista jurídico es la retribución del trabajo" (Salarios, p. 29 de PEREZ BOTIJA)".

"El salario no es una prestación social. Es la remuneración del servicio que presta el trabajador al patrono; es la contra-prestación correspondiente a la prestación del trabajo. Las prestaciones sociales emanan también del trabajo, pero no tienen como finalidad retribuirlo directamente, tal como el auxilio de enfermedad, la cesantía, las vacaciones remuneradas, son cosa diversa que la ley ha creado con el propósito de otorgar un beneficio al trabajador, en su afán de atender la debida protección que al Estado le atañe en rigor, debe entenderse como salario solamente aquella porción que el trabajador recibe como remuneración inmediata de su servicio. Los beneficios colaterales o subsiguientes no tienen el mismo carácter, no importa que para ciertos efectos algunos de ellos deban ser considerados como tales" (G. del T., T. IV, p. 450)".

"Más, si todavía pudiera subsistir incertidumbre en la interpretación de los textos legales atenientes al derecho impetrado, observamos que concurre una circunstancia especialísima que impone su reconocimiento. En efecto, casi la totalidad del profesorado vinculado a la Universidad ya venía disfrutando de este beneficio al entrar en vigencia los Decretos Extraordinarios 1042 y 1045 de 1978, acontecer que genera la procedencia de lo solicitado, a la luz de la institución de

los derechos adquiridos que ratifica, con deslumbrante claridad, el inciso 3° del Decreto 1045 antes citado".

## 3. ARGUMENTOS JURIDICOS DE LA UNIVERSIDAD

"La universidad distingue entre salario y asignación básica mensual, teniendo como fundamento jurídico lo prescrito por el artículo 127 del C.S.T. que reza:

"Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que percibe el trabajador en dinero o especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas, comisiones o participaciones de utilidades", y el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 que dice:

"De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los arts. 49 y 97 de este decreto.

b) Los gastos de representación.

c) La prima técnica.

d) El auxilio de transporte.

e) El auxilio de alimentación.

f) La prima de servicio.

g) La bonificación por servicios prestados.

h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión".

"Al tenor de estas normas, el 35% de recargo nocturno que perciben los docentes de la Universidad, que laboran jornada mixta constituye parte del salario pero no forma parte de la asignación básica mensual, pues esta es la que corres-

ponde al cargo desempeñado por el empleado, conforme a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 1042 de 1978.

"Con base en esta premisa y en las normas que fijan los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar prestaciones sociales, la Universidad del Cauca viene liquidando las vacaciones, prima de servicios, navidad y vacacional prescindiendo del mencionado 35% del recargo nocturno, así:

"Vacaciones y Prima Vacacional: se liquidan teniendo en cuenta:

a) La asignación básica mensual señalada para cada cargo.

b) Los incrementos por antigüedad.

c) Los gastos de representación.

d) La prima técnica.

e) Los auxilios de alimentación y transporte.

f) La prima de servicios.

g) La bonificacicón por servicios prestados (arts. 17, Decreto 1045 de 1978).

"Prima de navidad: En su liquidación se incluye:

a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.

b) Los incrementos por antigüedad.

c) Los gastos de representación.

d) La prima técnica.

e) Los auxilios por alimentación y transporte.

f) La prima de servicios y la de vacaciones.

g) La bonificación por servicios prestados (art. 33, Decreto 1045 de 1978).

"Prima de Servicios: Se liquida teniendo en cuenta:

a) El sueldo básico fijado por la ley para el cargo.

b) Los incrementos salariales por antigüedad.

c) Los gastos de representación.

d) Los auxilios de alimentación y transporte.

e) La bonificación por servicios prestados (art. 59, Decreto 1042 de 1978).

"La Universidad del Cauca solo tiene en cuenta el recargo nocturno como factor salarial para liquidar cesantías y pensiones, en aplicación de la normas que regulan esta materia.

## CONSULTA

"Debido a los controvertidos conceptos que existen desde hace varios años respecto de si debe o no incluirse el 35% del recargo nocturno en la liquidación de todas las prestaciones sociales, la Institución Universitaria desea que esa Honorable Corporación sea quien dilucide las inquietudes que a continuación presentamos:

1. Es el recargo nocturno factor de salario?

2. Constituye el recargo nocturno "salario básico"?.

3. El valor del 35% del recargo nocturno deberá tenerse en cuenta para la liquidación de las primas de servicio, navidad y vacacional, al igual que para la liquidación de vacaciones?".

## LA SALA CONSIDERA:

1. Según el contexto de la consulta, al personal docente de la Universidad del Cauca que labora en jornada mixta la misma entidad le reconoce, como "recargo nocturno", una suma equivalente al 35% de la remuneración. La mencionada universidad, que como establecimiento público nacional se rige, en cuanto a remuneración y prestaciones sociales del personal que está vinculado a su servicio, por los Decretos Leyes 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978, sólo tiene en cuenta el "recargo nocturno" en la liquidación de cesantías y pensiones, pero no para determinar las demás prestaciones sociales, particularmente las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. La Universidad del Cauca estima que el "recargo nocturno", es salario, pero no parte integrante de la "asignación básica mensual" que, según el Decreto Ley 1045 de 1978, sirve de fundamento para reconocer y liquidar las indicadas prestaciones.

2. El artículo 13 del Decreto Ley 1042 de 1978 dispone que "la asignación mensual correspondiente a cada empleo estará determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridas para su ejercicio, según la denominación y el grado establecidos por el presente decreto en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel". El inciso 2º *Ibídem* agrega que "se entiende por denominación la identidad del conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades que constituyen un empleo" y por grado "el número de orden que indica la asignación mensual del empleo dentro de una escala progresiva, según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones", en cada nivel.

De manera que cada empleo corresponde a un conjunto de deberes y responsabilidades bajo una determinada denominación y el grado señala la asignación mensual correspondiente a ese empleo y equivale a la denominada por la ley "asignación básica".

3. El artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 prescribe que "además de la signación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios". La disposición agrega que son "factores de salario" los incrementos por antigüedad; los gastos de representación; la prima técnica; el auxilio del transporte; el auxilio de alimentación; la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

De manera que, además de la "asignación básica", que es la remuneración que corresponde a cada empleo, la ley determina otros factores que la incrementan, con los requisitos y en la forma que ella prescribe (arts. 43 a 73 del Decreto Ley 1042 de 1978).

4. La ley también regula la jornada de trabajo. El artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 dispone que *"la asignación mensual"* (la sala subraya) fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales" y agrega que si los empleos tienen por objeto el cumplimiento de actividades discontinuas o de vigilancia se podrá señalarlos una jornada de trabajo de doce horas diarias, "sin que en la semana excedan un límite de 66 horas".

Pero, según el artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978, relativo a las *jornadas mixtas*, "sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, *cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyen*

*horas diurnas y horas nocturnas* (la Sala subraya), la parte de tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento (35%), pero podrá compensarse con períodos de descanso". La misma disposición agrega, en el inciso 2°, que los incrementos de salarios, dispuestos por los artículos 49 y 97 del mismo decreto. "Se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo".

Por consiguiente, los empleos con "*jornadas mixtas*", caracterizados porque sus funciones se ejercen "ordinaria o permanentemente" en horarios diurnos y nocturnos, la "asignación básica" se incrementa con el 35% de la remuneración correspondiente a las horas nocturnas: como la ley exige, como requisito indispensable para que haya jornada mixta, que las actividades propias del empleo necesariamente se cumplan en horarios diurno y nocturno, ella se remunera con una asignación básica de carácter especial: *la correspondiente al empleo aumentada con el recargo del 35% prescritos por la ley*. Sólo se exceptúan los casos en los cuales, en lugar del recargo del 35%, se opte por una compensación "con períodos de descanso" (art. 35 del Decreto Ley 1042 de 1978).

5. Determinada en la forma indicada "la asignación básica" mensual de los empleados de jornada mixta, como son los profesores, mencionados en la consulta, de la Universidad del Cauca, a ella se le deben agregar, si fueron pertinentes, los otros "factores de salario", prescritos por el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, teniendo en cuenta que, según la misma disposición, además "del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios".

Entre los "factores de salario", determinados por el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, se cuentan las primas técnica y de servicio que deben reconocerse y pagarse conforme a lo dispuesto por los artículos 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60 *ibídem*. La "asignación básica" de los empleados de "jornadas mixtas", para estos efectos y para los demás contemplados por la ley –si no hubo compensación "con períodos de descanso–, es la correspondiente a cada cargo aumentada del "recargo del treinta y cinco por ciento (35%) prescrito por el artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978.

7. Los Decretos Leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978 regulan las prestaciones sociales de los empleados administrativos nacionales que no se rigen por estatutos especiales. Entre ellas se cuentan, según el artículo 5° del Decreto Ley 1045 de 1978, las vacaciones, las primas de vacaciones y de navidad, la cesantía y las pensiones de jubilación, de retiro por vejez y de invalidez.

Los artículos 17, 33 y 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 determinan los factores necesarios para reconocer y liquidar las mencionadas prestaciones sociales, entre los cuales se cuenta "la asignación básica mensual": la de los empleados de "jornadas mixtas" –si no hubo compensación "con períodos de descanso" es la correspondiente a cada cargo aumentada del "recargo" del treinta y cinco por ciento (35%), dispuesto por el artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978.

Con fundamento en lo expuesto la Sala procede a responder las preguntas del señor Ministro de Educación Nacional:

1. El recargo del treinta y cinco por ciento, prescrito por el artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978 para "las jornadas mixtas", constituye un elemento de "la asignación básica". Por consiguiente, ésta se determina por la remuneración correspondiente a cada empleo aumentada con el "recargo del treinta y cinco por ciento".

2. El recargo del treinta y cinco por ciento, prescrito por el artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978, debe tenerse en cuenta, de conformidad con la ley, para reconocer y liquidar las primas de servicio, de navidad y de vacaciones, como también las vacaciones de los empleados de la Universidad del Cauca que tienen "jornadas mixtas", porque es parte integrante de "la asignación básica".

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

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

*Elizabeth Castro R.,* Secretaria.

**CONTRATO ADICIONAL/ CONTRATISTA** - Inhabilidades/ **CADUCIDAD DEL CONTRATO**

**La inhabilidad generada por la declaratoria de caducidad de un contrato por parte de cualquier entidad pública, impide que el contratista incurso en ella pueda celebrar contratos adicionales con las demás entidades públicas. Entendiendo por contrato adicional, el acuerdo al cual llegan la administración y el contratista para modificar de fondo el contrato principal. Las simples reformas del plazo y del valor, tal como se indicó, no constituyen materia de un contrato adicional, por lo mismo, pueden ser convenidas por el contratista inhabilitado, siempre y cuando, el contrato principal hubiere sido perfeccionado y estuviere en ejecución.**

*Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.-* Bogotá, D.E., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Rad. No. 350. Contratos adicionales inhabilidades. Alcance del artículo 8° del Decreto Ley 222 de 1983.

La Doctora Luz Priscila Ceballos Ordóñez, Ministra de obras Públicas y Transporte, formula a la Sala la siguiente consulta que se transcribe textualmente:

"El artículo 8° del Decreto Ley 222 de 1983 dispone:

"Art. 8° De las inhabilidades. *No podrá celebrar contratos* por sí o por interpuesta persona con las entidades a que se refiere este estatuto:

1. ... (se subraya).

Teniendo en cuenta el aparte de la norma transcrita y ante el hecho de que ella no distingue a que contratos se refiere, principales y adicionales, se ha presentado controversia, pues si bien para algunos la inhabilidad se predica únicamente para la celebración de contratos principales, con argumentos como:

"De conformidad con lo anterior, como la celebración de un contrato adicional no implica la creación de un nuevo vínculo contractual sino la modificación por mutuo acuerdo, de las estipulaciones relativas al plazo o al valor en una relación contractual ya cerrada, estimamos que es jurídicamente viable celebrar el contrato adicional si el principal y original no está afectado de vicios generales de nulidad".

Para otros la prohibición es general y aplicable a los contratos adicionales por cuanto:

"La celebración de un contrato adicional tiene por objeto modificar el plazo y el valor convenido, sin que pueda modificarse el objeto de los contratos. No obstante, implica la celebración de un nuevo acuerdo o contrato sujeto a perfeccionamiento, prórroga de garantías y publicación, para lo cual se encuentra inhabilitado el contratista".

Por lo expuesto se estima de gran importancia conocer la interpretación de esa Honorable Corporación; en este orden de ideas se consulta:

¿Está inhabilitada una persona natural o jurídica, para celebrar y suscribir contratos adicionales en plazo y/o valor, con cualquiera de las entidades a que se refiere el Decreto Ley 222 de 1983, por el hecho de habérsele declarado con anterioridad la caducidad administrativa, en un contrato obviamente distinto del que se pretende adicionar?

Se acompaña a la presente consulta fotocopia de los pronunciamientos emitidos por el Procurador Auxiliar de la Procuraduría General de la Nación, Oficio PA/900 de 26 de diciembre de 1989 y de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, oficio No. 4046 de 20 de abril de 1989.

## LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. El Decreto Ley 222 de 1983 –Estatuto de la Contratación Administrativa contiene el régimen y el procedimiento para celebrar los contratos administrativos. En él se prevé las clases de contratos que tienen el carácter de administrativos y las cláusulas que deben contener obligatoriamente.

2. Dentro de las previsiones generales aplicables a todos los contratos administrativos, el artículo 58 regula lo relativo a los contratos adicionales y dispone que "cuando haya la necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional".

El inciso final del citado artículo dispone que "en ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviese vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prorrogas automáticas".

De la lectura de estas normas se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adicionales a las modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estos son simples reformas que no implican cambio radical en el contrato.

Sólo, cuando se hace necesario reformar **el objeto** del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, por que ello implica una modificación fundamental del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a una **mera reforma del contrato**, y que se celebra un contrato adicional cuando las partes contratantes acuerdan una modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato; como por ejemplo cuando en un contrato de obras públicas se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente redunda en la modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional.

3. De otra parte, el artículo 8º del citado Decreto Ley 222 de 1983, dispone que podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona con las entidades públicas del orden nacional, entre otras causales, "quienes por hechos de que fueron responsables dieron lugar a la declaratoria de caducidad por parte de cualquier entidad pública" y el parágrafo de este artículo prevé que la inhabilidad descrita se extenderá por cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la resolución de caducidad.

En efecto, el artículo 8º citado prescribe la prohibición de celebrar contratos cuando se esté incurso en las causales allí previstas sin hacer ninguna distinción entre los diferentes contratos celebrados por la administración por lo que debe

entenderse que la norma se refiere a todos los contratos que las entidades públicas puedan celebrar.

Con fundamento en esta precisión, la Sala estima que la inhabilidad generada por la declaratoria de caducidad de un contrato por parte de cualquier entidad pública, **impide** que el contratista incurso en ella pueda celebrar contratos adicionales con las demás entidades públicas. Entendiendo por contrato adicional, el acuerdo al cual llegan la administración y el contrato para **modificar de fondo** el contrato principal. Las simples reformas del plazo y del valor, tal como se indicó, no constituyen materia de un contrato adicional, por lo mismo, pueden ser convenidas por el contratista inhabilitado, siempre y cuando, el contrato principal hubiere sido perfeccionado y estuviere en ejecución.

En los anteriores términos, La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ABSUELVE la Consulta formulada por la Doctora Luz Priscila Ceballos Ordóñez, Ministra de Obras Públicas y Transporte, concepto radicado bajo el No. 350.

Transcríbase en copia auténtica a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y a la señora Ministra de Obras Públicas y Transporte

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

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaría de la Sala.

**PERSONAL DOCENTE / VIA GUBERNATIVA** - Agotamiento/ **SANCION DISCIPLINARIA / JUNTA SECCIONAL DE ESCALAFON** - Funciones

**Es necesario dar trámite al recurso de apelación interpuesto, como subsidiario del de reposición, contra la providencia sancionatoria expedida por la Junta Seccional de Escalafón, pues sólo así se producirá el agotamiento de la vía gubernativa. La Junta Nacional del Escalafón deberá entonces pronunciarse sobre la apelación en el aspecto desfavorable al recurrente.**

*Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.-* Bogotá, D.E., veintiuno (21) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón.*

Radicación No: 351. Referencia: CONSULTA sobre el recurso de apelación que se interpone para ante la Junta Nacional de Escalafón.

El señor Ministro de Educación Nacional, Doctor Manuel Francisco Becerra Barney, con fundamento en el numeral 2 del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo formula a la Sala la consulta que textualmente expone así:

1. La Junta Nacional de Escalafón tiene como función primordial resolver los recursos de apelación interpuestos por los docentes contra las providencias que los sancionan en primera instancia a través de las Juntas Seccionales, cuando éstas adelanten proceso disciplinario por alguna de las causales de mala conducta contempladas en el artícuclo 46 del Decreto 2277 de 1979 –Estatuto Docente.

2. De conformidad con el procedimiento establecido, tales providencias son susceptibles del recurso de reposición y en subsidio de apelación para ante la Junta Nacional de Escalafón.

3. Al resolver el recurso de reposición la Junta Seccional de Escalafón no satisface plenamente la pretensión del recurrente de revocar el acto, sino que lo modifica, vgr, rebajando la sanción de exclusión del escalafón docente a aplazamiento en el ascenso en el escalafón por seis (6) meses, según lo normado en el artículo 49 del mismo Estatuto.

Se pregunta:

¿Es procedente, en la situación expuesta, dar trámite al recurso de apelación por no haber satisfecho en su totalidad la pretensión del recurrente, o se entiende agotada la vía gubernativa al resolver el recurso de reposición por el hecho de modificar la sanción?

## LA SALA CONSIDERA

1. Al regular su campo de aplicación, el Código Contencioso Administrativo dispone en su Título Preliminar respecto de los procedimientos administrativos, que los regulados por leyes especiales se regirán por éstas; y en lo no previsto por ellas, se aplicarán las normas de la primera parte del Código que sean compatibles (Artículo 1°, inciso 2°).

2. El mencionado Código desarrolla el principio de derecho administrativo denominado "la decisión previa", consistente en la facultad que tiene la Administración de revisar sus propias decisiones, antes de que sean susceptibles de controversia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En este sentido, el artículo 5° establece de manera general el derecho para toda persona (natural o jurídica), afectada por un acto de administración, de hacer peticiones respetuosas a las autoridades, verbalmente o por escrito, a través de cualquier medio. Ya en lo que concierne a los recursos en la vía gubernativa, el artículo 50, en sus dos primeros numerales, preceptúa:

**Artículo 50.- Recursos en la vía gubernativa**. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión para que la aclare, modifique o revoque;

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito;

No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

...

Los mencionados recursos: el de reposición, el de apelación (y el de queja, cuando se rechace el de apelación), proceden contra los actos de carácter particular que "pongan fin a las actuaciones administrativas", con el propósito de que la Administración aclare, modifique o revoque sus propias decisiones. La tramitación de los mismos genera la actuación administrativa que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han denominado "vía gubernativa".

3. Por disposición del artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, en su nueva versión (Decreto 2304 de 1989), artículo 8°, el agotamiento de la vía gubernativa se produce cuando los recursos interpuestos hayan sido decididos, o cuando sean denegados por haber ocurrido el fenómeno del silencio administrativo negativo.

El mismo artículo prevé que para agotar la vía gubernativa es obligatorio interponer, cuando sea procedente, el recurso de apelación, en procura de que el superior jerárquico revise las decisiones del funcionario subalterno. Sin embargo, cuando contra un acto administrativo sólo proceda el recurso de reposición, éste tendrá también el carácter de obligatorio, con el fin de que el funcionario que lo expidió tenga la oportunidad de corregirlo, si encuentra que con el mismo se incurrió en algún error.

El agotamiento de la vía gubernativa, como consecuencia, está íntimamente relacionado con la oportunidad que tienen las personas para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y poder controvertir los actos administrativos que consideren inconstitucionales o ilegales y que, por su carácter particular y concreto, les causan perjuicio.

Para los efectos indicados, el artículo 135, *ibídem*, dispone que es necesario haber agotado la vía gubernativa para que surja el derecho de los particulares consistente en acudir ante los organismos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a solicitar la nulidad de actos administrativos unilaterales de carácter particular y concreto. La acción pertinente se dirige, además, a obtener el restablecimiento del derecho de actor, amparado por una norma jurídica y lesionado por un acto de la administración pública.

4. El Decreto 2277 de 1979 –Estatuto Docente–, materia de la consulta, regula el trámite del proceso que debe adelantarse contra los educadores que incurran en supuestas faltas disciplinarias.

En dicho régimen está previsto que corresponde a las Juntas Seccionales de Escalafón, imponer a los educadores sanciones por mala conducta; contra las

providencias respectivas es susceptible de ser interpuesto el recurso de reposición ante la misma Junta y el de apelación para ante la Junta Nacional de Escalafón.

El recurso de apelación es obligatorio para que se produzca el agotamiento de la vía gubernativa. De donde se deduce que en el caso propuesto, el recurso de reposición no es obligatorio, pues su presentación dependerá de la voluntad del interesado. Sin embargo, si se interpone el recurso de reposición, será necesario presentar en forma subsidiaria el de apelación; y el término legal transcurrirá para éste, que es el recurso obligatorio.

5. Teniendo en consideración que el agotamiento de la vía gubernativa se produce cuando los recursos interpuestos se hayan decidido y que, además, cuando el recurso de apelación sea procedente debe interponerse obligatoriamente, la Sala concluye que presentado el recurso de apelación como subsidiario del de reposición, es necesario que el superior jerárquico examine la actuación del funcionario inferior, así éste haya modificado parcialmente el respectivo acto administrativo.

Tan solo en el evento en que el funcionario que dictó el acto recurrido, proceda a revocarlo o modificarlo de conformidad con las pretensiones del recurrente, se haría inoperante el trámite ante el superior porque entonces se presentaría una razón obvia: la sustracción de materia y, como consecuencia, al desaparecer la controversia, el interesado carecerá de motivo para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

## LA SALA RESPONDE:

En el caso planteado en la consulta es necesario dar trámite al recurso de apelación interpuesto, como subsidiario del de reposición, contra la providencia sancionatoria expedida por la Junta Seccional de Escalafón, pues sólo así se producirá el agotamiento de la vía gubernativa. La Junta Nacional de Escalafón deberá entonces pronunciarse sobre la apelación en el aspecto desfavorable al recurrente.

Transcríbase al señor Ministro de Educación Nacional por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. (Artículo 112 del Código Contencioso Administrativo).

*Jaime Paredes Tamayo,* Presidente; *Jaime Betancur Cuartas,* (Ausente con excusa); *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

# SECCION PRIMERA

## NOTIFICACION PRESUNTA

**Para que exista la notificación ficta o presunta prevista en el artículo 48 del C.C.A., son requisitos indispensables: a) que la parte interesada se dé por suficientemente enterada de la respectiva decisión administrativa, b) que convenga en tal decisión y c) que si no conviene en la decisión, "utilice en tiempo los recursos legales". Los dos últimos requisitos son alternativos y excluyentes, por repelerse, esto es, o se da uno u otro, pero nunca ambos a la vez.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., veintidos (22) de enero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente No. 1143. Actor: Juan Claudio Morales González. (Se resuelve reposición).

Desata el Despacho del recurso de *reposición* interpuesto en término por la mandataria judicial del Ministro de Hacienda y Crédito Público contra el auto de 1° de septiembre anterior (fls. 170-175), en cuanto admite la demanda.

### SE CONSIDERA:

El auto confutado admitió la demanda "por cuanto (esta) satisface los requisitos meramente formales que la ley exige". La recurrente (fls. 202-204) da como razones de su impugnación: según el art. 30 del C.C.A., "la autoridad ante quien se manifieste el impedimento decidirá en el término de diez (10) días y en forma motivada, *sin que contra la decisión quepa recurso...*". El Decreto acusado dispuso en su art. 4° que "rige a partir de su publicación". Este Decreto fue

publicado en el D.O., de 31 de octubre de 1988. Según el art. 136 C.C.A., la acción de restablecimiento del derecho caduca a los cuatro meses contados a partir de la "publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso". Agrega que "a pesar de que el mismo Decreto ordenó su notificación, ésta se hizo por conducta concluyente el mismo día 31 de octubre de 1988, según escrito del que acompañó copia auténtica". Ocurre que "en el presente caso, la caducidad empezó a contarse a partir del 1° de noviembre de 1988, siendo el 1° de marzo el último día en el cual podía haberse intentado válidamente la acción de restablecimiento. Dado que ésta solo se presentó el 6 de marzo de 1989, resulta claro que había operado el fenómeno de la caducidad de la acción", por lo cual pide inadmitir la demanda.

Alega en síntesis la actora al descorrer el traslado (fls. 205 a 207): Siendo notificable el acto acusado, como este mismo lo indica, se apega a la legalidad el proveido impugnado en reposición, ya que aquél ha debido notificarse, so pena de ineficacia, según los arts. 44 y 48 del C.C.A., y tal notificación debe ser personal: mientras esta no se surta, "mal puede quedar ejecutoriado". "La decisión de la recusación se dictó malévolamente, en forma de decreto, pero a pesar de ello es un acto jurídico procesal, como que decide definitivamente sobre la competencia subjetiva del funcionario administrativo que adelanta la respectiva investigación, por lo que MAL PUEDE TENER EFECTOS ANTES DE QUE LAS PARTES INTERESADAS SEAN NOTIFICADAS". No se configuró la notificación "por conducta concluyente", toda vez que la parte interesada no ha convenido en la decisión y no ha utilizado los recursos legales. "Si el recurso de reposición era PROCEDENTE de acuerdo CON LA LEY, se consumó la notificación "por conducta concluyente", y, por lo mismo, EL TERMINO DE CADUCIDAD no empezó a correr por cuanto el recurso no fue decidido y la misma funcionaria que hoy recurre, reconoció en carta que obra en el proceso, que no se podía decidir por haber sido admitida la demanda por el Honorable Consejo de Estado". Como "el recurso de reposición no era PROCEDENTE DE ACUERDO CON LA LEY, como ahora lo sostiene la recurrente, PUES NO SE CONSUMO LA NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE, por cuanto la parte interesada NO UTILIZO LOS RECURSOS LEGALES" y en tal forma no se ha surtido la notificación y la caducidad no ha empezado a correr. Aunque la decisión de recusación "ES INIMPUGNABLE por la vía gubernativa", sí lo son por la vía de reposición los arts. 2°, 3° y 4° del Decreto y en consecuencia "todo el acto demandado exigía notificación y ejecutoria".

Como el punto esencial del recurso apunta a la caducidad de la acción, se tiene: el actor impugnó en sede gubernativa, mediante reposición, el acto acusado, el día cuando éste fue publicado en el D.O., según se observa al fl. 6, sello y media firma en el ángulo superior derecho. Esto apareja, en principio, notificación ficta o presunta, según el art. 48 del C.C.A., mas no "notificación por conducta

concluyente" que prevé el art. 330 del C. de P.C. En su escrito repositario la recurrente hace radicar la caducidad de la acción en la ocurrencia de la "notificación por conducta concluyente, sin que al respecto cite norma alguna, aunque sí emplea literalmente el giro que el art. 330 del C. de P.C. trae. Desde ya aclara el Despacho que para el caso *sub examine* no puede operar la "notificación por conducta concluyente" del art. 330 del C. de P.C., porque en aplicación de la teoría de "integración legislativa" del art. 267 del C.C.A., esta norma remite al C. de P.C. para casos no contemplados y "*en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo*"; mas como el caso de "notificación por conducta concluyente" que la impugnadora alega se relaciona directa y exclusivamente con el acto administrativo acusado y bajo ningún aspecto con procesos o actuaciones de la jurisdicción contencioso administrativa, entonces mal podría aplicarse, por remisión, dicho art. 330 del C. de P.C.

Aunque la contencioso administrativa es una jurisdicción rogada, veamos si ha ocurrido o no la notificación ficta o presunta prevista en el artículo 48 del C.C.A., frente al Decreto 2192/88 acusado. Para que exista esta especial forma notificatoria ficta o presunta, son requisitos indispensables: 1). Que la parte interesada se dé por suficientemente enterada de la respectiva decisión administrativa; 2). Y que convenga en tal decisión; y/o 3). O que si no conviene en la decisión, "utilice en tiempo los recursos legales". En el caso de autos, la parte interesada (el actor en referencia) se dió por suficientemente enterada de la decisión administrativa al atacarla en reposición mediante su escrito que en copia obra a fls. 6 a 12, por lo cual se cumple el primer requisito preanotado. Los requisitos 2 y 3 son alternativos y excluyentes, por repelerse, esto es: o se da el 2o., o se da el 3o., más nunca ambos a la vez. En el caso que nos ocupa, como se combatió en reposición el acto acusado, no puede darse el 2o., requisito. En cuanto al 3er requisito, se tiene que está integrado por dos condiciones coetáneas, paralelas y contemporáneas; que se ataque la decisión mediante los "recursos legales" y, además, que tal ataque o impugnación se realice "en tiempo", vale decir, oportunamente. Aunque el decreto acusado adolece de la contradicción anotada *ut supra* (que rige a partir de su promulgación y parejamente que ha de ser notificado), su art. $3^0$ previene que "contra la presente decisión no procede recurso alguno por la vía gubernativa", lo cual equivale a expresar, llana y simplemente, que carece de "recursos legales"; y al carecer de recursos legales, la reposición incoada por el actor es como si no la hubiere presentado. Por ende, al no tener recursos legales (y al no haber sido notificada la decisión, como ha debido hacerse en forma personal, según el mismo decreto y según los arts. 44 y 48 del C.C.A.,) entonces jamás podría hablarse de notificación ficta o presunta. En consecuencia, no prospera el recurso repositorio.

Dos últimas acotaciones: El Despacho observa que, según lo anotado arriba sobre la tesis de "integración legislativa" (remisión del art. 267 del C.C.A., del C. de P.C. y "notificación por conducta concluyente" del art. 330 de este último código, que por pertenecer al Título XV del Libro Segundo del C. de P. C. se está refiriendo a la notificación de "las providencias judiciales"), no comparte el criterio del actor cuando éste se refiere al decreto acusado como "un acto jurídico procesal", toda vez que es un acto administrativo. Del mismo modo, la mandataria de la parte demandada y recurrente con la reposición que se desata, incurre en yerro que riñe con la realidad procesal al afirmar en su oficio del fl. 20, dirigido al actor: "Como usted solicitó la anulación del decreto referido ante el H. Consejo de Estado, la administración perdió competencia para resolver cualquier recurso al dictarse el auto admisorio de la demanda el día 31 de diciembre de 1988": tal auto admisorio es de fecha 1o. de septiembre de 1989 y el 31 de diciembre de todo año el Despacho se encuentra cerrado por vacancia judicial.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

**DECIDE:**

1. Confirmar el auto admisorio de la demanda materia de reposición.

2. La Abogada María Cristina Velásquez Galarza es mandataria judicial de la Nación-Ministro de Hacienda y Crédito Público, parte demandada.

3. En firme providencia, pase el expediente al Consejero que sigue en turno para resolver el recurso de súplica intentado por la actora.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Guillermo Benavides Melo,* Consejero de Estado.

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

**ALCALDE/ FACULTAD LEGISLATIVA** - Extralimitación

**El impuesto de que trata la norma acusada no está comprendido ni siquiera mencionado en ninguno de los títulos o capítulos del estatuto rentístico anterior y siendo ello así, resulta claro que no cabría dentro de las facultades conferidas al alcalde, dado que a éste se le confirieron facultades para "modificar" el Código anterior, lo cual presupone una base preexistente, en este caso que el impuesto exista previamente.**

*SE DECLARA LA NULIDAD PARCIAL del artículo 232 del Decreto 010 de 1987 de la Alcaldía Municipal de Armenia, en cuanto dispuso lo siguiente: "...Juegos permitidos: Billares, zona céntrica $300 por unidad. Billares zonas urbanas y rurales $200 por unidad".*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente No. 986. Actor: Héctor Rodríguez.

El ciudadano Héctor Rodríguez formuló demanda de nulidad ante el Tribunal Administrativo del Quindío, contra "el acto administrativo contenido en el Decreto 010 de ocho (8) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987) (Alcaldía de Armenia)" por medio del cual se modificó el Decreto 106 de 1984 (Código de Rentas Municipales), en cuanto en su artículo 232 dispuso: "Los juegos permitidos que funcionen en establecimientos públicos se gravarán *independientemente* al negocio donde se instale (sic) de acuerdo a las siguientes tarifas

mensuales...*Juegos permitidos*: *Billares*, zona céntrica $300 por unidad. Billares zonas urbanas y rurales $200 por unidad".

En la primera instancia se le imprimió al asunto de trámite legal correspondiente y a esta superioridad ha llegado en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal premencionado de fecha 23 de marzo del año próximo pasado en cuanto despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda. Para resolver lo que haya lugar se procede enseguida, siendo que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

## I. LA DEMANDA:

Como se ha relacionado, la demanda pretende se anule el artículo 010 del Decreto No. 106 de ocho (8) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987) expedido por la Alcaldía de Armenia en ejercicio de las facultades que le fueron concedidas por medio del acuerdo municipal No. 003 de seis (6) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) para modifcar el Código de Rentas Municipales. Concretamente se contrae dicha demanda a la parte concerniente al gravamen del juego de billar especificado en la norma objeto de censura.

El libelista sustenta así su concepto de la violación:

"El señor Alcalde Municipal de Armenia al CREAR el impuesto al juego de billar, conforme lo hizo en el artículo 232 del Decreto 010 de ocho (8) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987), POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA EL DECRETO 106 DE 1984 (Código de Rentas Municipales), violó en forma flagrante el artículo primero del acuerdo 002 de 29 de agosto de 1986, del H. Concejo Municipal de Armenia, acto administrativo en el cual únicamente se le autorizó para modificar el Decreto 106 de 1984, mas no para CREAR nuevos impuestos conforme lo hizo en el citado artículo demandado.

"El diccionario SALVAT Básico nos enseña que MODIFICAR es transformar una cosa por cambio de alguno de sus accidentes. En sentido moral o material, dar un nuevo modo de existir a la sustancia. MODIFICAR: Limitar, determinar o restringir las cosas a un cierto estado o calidad en que se distingan unas de otras. Reducir las cosas a los términos justos, templando el exceso. Cambiar el fondo o la forma de alguna cosa". (Diccionario Quillet).

"MODIFICAR: Limitar, determinar o restringir las cosas a cierto estado o calidad, en que se singularicen y distingan unas de otras. Reducir las cosas

a los términos justos, templando el exceso. Transformar o cambiar una cosa mudando algunos de sus accidentes" (Enciclopedia Salvat).

"CREAR producir algo de la nada, etc.

"En general, se modifica lo existente y se crea lo que no existe.

"Por lo anterior, aparece claro que al no existir en el Decreto 106 de 1984 el impuesto al juego del billar el Sr. Alcalde Municipal de Armenia violó el artículo primero del Acuerdo 002 de 29 de agosto de 1986. Por lo anterior, se debe decretar la nulidad pedida".

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal en el fallo que se revisa, en primer lugar, desestimó la excepción propuesta por la parte impugnadora de ineptitud de la demanda por falta de claridad de sus pretensiones y en el concepto de la violación alegada. Encuentra el *a-quo* ajustada la demanda a los requisitos previstos en la ley, esto es en el C.C.A.

En cuanto al fondo del asunto, en la sentencia del Tribunal se observa la equivocación en que incurre el demandante al entender que con la autorización dada por el Consejo Municipal al Alcalde de Armenia en el acuerdo respectivo (002 de 29 de agosto/86) de *modificar* el Código de Rentas Municipales, no podía establecer la norma demandada. Arguye que esta facultad está ampliamente comprendida en el término "modificar" que incluye la de introducir "innovaciones sustanciales" como podría ser la del gravámen de los billares, objeto esencial de la demanda.

Al respecto dice entre otras cosas lo siguiente:

"Con el objeto de demostrar la violación anterior, el demandante transcribió varias definiciones de la palabra modificar, de los Diccionarios 'Salvat Básico', 'Quillet' y 'Enciclopedia Salvat'.

"De conformidad con las definiciones citadas por el actor, especialmente la del Diccionario 'Quillet' que dice: "cambiar el fondo o la forma de alguna cosa", acepción que concuerda con las que se encuentran en varios diccionarios jurídicos, así: "cambio en la estructura, naturaleza, contenido, forma, lugar o destino de algo" ('Diccionario de Derecho Usual'). G. Cabanellas. "Dar una (sic) nuevo modo de existir a la sustancia material" (Diccionario Extractado de la Lengua Castellana. Zerolo), de acuerdo con ellas, se repite, la facultad de "modificar" alguna cosa es lo suficientemente amplia como para que puedan (sic) introducirse innovaciones sustanciales en lo que va a modificarse.

"Tendría razón el actor si el Alcalde hubiera *creado* el Código de Rentas del Municipio..."

## III. EL RECURSO - CONCEPTO FISCAL

El actor al sustentar su recurso (fls. 99 a 101) reitera sus argumentos de la demanda aduciendo que "existe un abismo insondable entre crear y modificar, así se quiera, bajo sutilezas jurídicas considerar que el Honorable Consejo de Armenia autorizó al Sr. Alcalde de la ciudad para crear impuestos".

Por su parte, el señor fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo estima que debe confirmarse el fallo del Tribunal pues considera que "en realidad la demanda no plantea argumento jurídico que pueda concluir que el Decreto demandado violó en forma alguna el orden jurídico preexistente, y la norma que cita el demandante en primer lugar es la que faculta al Alcalde para proceder en la forma que lo hizo por el Decreto acusado, sobre todo porque los argumentos etimológicos tampoco apoyan en forma alguna la tesis de nulidad".

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala se aparta del criterio expuesto por el Tribunal en la providencia que se revisa teniendo en cuenta estas consideraciones:

1. Es evidente que el Acuerdo No. 002 de 1986 del Concejo Municipal de Armenia le confirió autorizaciones al Alcalde para modificar el Decreto 106 de 1984 (Código de Rentas Municipales). Es así como dicho funcionario quedó investido de facultades suficientes para modificar el Código de Rentas entonces vigente sin salirse, desde luego, del marco general preestablecido.

2. Es indudable también, que en el artículo 232 del Decreto 010 de la Alcaldía de Armenia objeto de la demanda, se estableció un nuevo gravamen no consagrado en el Código que modifica, esto es, se incluyó como juegos permitidos a los Billares en zonas céntricas y zonas urbanas y rurales con tarifas mensuales de trescientos y doscientos pesos, respectivamente. Basta al efecto, analizar uno a uno de los artículos contenidos en el Decreto No. 106 de 1984 de la Alcaldía de Armenia, por medio del cual se expidió el Código de Rentas Municipales, para darse cuenta que el impuesto de que trata la norma acusada no está comprendido, ni siquiera mencionado en ninguno de los títulos o capítulos del estatuto rentístico anterior y siendo ello así, resulta claro que no cabría dentro de las facultades conferidas al Alcalde, dado que a éste se le confirieron facultades para "modificar" el Código anterior, lo cual presupone una base preexistente, en este caso que el impuesto exista previamente. Por

ejemplo asignar nuevas tarifas para el juego de billar en el supuesto de que existiera, mas no el de establecerlo, como en realidad se hizo mediante el artículo 232 del Decreto Municipal 010 supracitado, incurrió pues, el Alcalde al dictarlo en extralimitación de las facultades conferidas por el Concejo en cuanto hace a la norma acusada, y en tal virtud habrá de accederse a las súplicas de la demanda.

3. Pero además, para mayor claridad conviene comparar el acuerdo No. 003 de 1983 y el 002 de 1986, ambos expedidos por el Concejo Municipal de Armenia. El primero dio facultades o autorizaciones al Alcalde para "expedir el Código de Rentas del Municipio conforme a la Ley 14 de 1983" con lo cual se le otorgaron las más amplias atribuciones para determinar los impuestos o gravámenes del municipio, en tanto "la expedición" envuelve todas las facultades inherentes a las propias del Concejo. Por ello se explica que el Decreto 106 de 1984, de la Alcaldía de Armenia cuya copia aparece en el libro anexo al expediente, contenga íntegramente el Código de Rentas Municipales, dictado en virtud de tan comprensivas atribuciones conferidas por el Concejo Municipal.

Otra cosa distinta sucede con el Decreto 010 de 1987 contentivo del artículo 232 proferido por la misma autoridad, parcialmente demandado, en cuanto en éste se dieron facultades expresas para modificar el primero, simplemente. El Diccionario de la Academia de la Lengua en la acepción correspondiente al término modificar indica la de "transformar o cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes", lo cual significa indiscutiblemente que no puede extenderse hasta crear algo que no existe como lo sería el impuesto supradicho, objeto de la presente acción de nulidad.

En tales condiciones no está en lo cierto el juzgador de instancia cuando en su providencia recurrida interpreta que con la facultad que le fue conferida al burgomaestre de Armenia para modificar el Código de Rentas "le era permitida cualquier 'variación' amplia, incluyendo la imposición de gravámenes" so pretexto de que el acto de delegación no le imponía restricción alguna, cuando la realidad indica que al usar la expresión "modificar" quedó de hecho limitada la facultad del Alcalde al alcance de la norma superior, en ningún caso, igual al contenido en el Decreto anterior No. 002 de 1984 que sí le atribuia ampliamente la de "expedir el Código de Rentas Municipales" dando pie allí sí para crear impuestos o gravámenes dentro de los parámetros de la ley.

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:**

REVOCASE LA SENTENCIA APELADA proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 23 de marzo de 1988 y en su lugar declárase la nulidad parcial del artículo 232 del Decreto 010 de 1987 de la Alcaldía Municipal de Armenia, en cuanto dispuso lo siguiente: "*...juegos permitidos: Billares*, zona céntrica $300 por unidad. *Billares* zonas urbanas y rurales $200 por unidad".

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida por la Sala en su sesión de fecha treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa (1990).

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

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

**SUSPENSION PROVISIONAL** - Improcedencia/ **DESCONCENTRACION DE FUNCIONES**

**Debe dilucidarse, después de un cuidadoso estudio, si el texto demandado confiere privativamente a los gobernadores la facultad de cumplir y hacer cumplir los decretos y demás actos administrativos de tales funcionarios y de las asambleas, particularidades en las que solo es dable entrar sólo con motivo de la sentencia y no al momento de decidir sobre la suspensión provisional.**

*REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 21 literal b) de la Ordenanza 010 de noviembre 24 de 1988 de la Asamblea del Valle del Cauca, decretada por el Tribunal Administrativo de dicho departamento.*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.-* Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 1351. Actor: Diego Rojas Girón.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, mediante procurador judicial, contra el auto de 11 de mayo de 1989, mediante el cual se decretó la suspensión provisional del literal b) del artículo 21 de la Ordenanza 010 de 24 de noviembre de 1988 por la Asamblea del mencionado departamento.

## EL ACTO ACUSADO

Lo es, como se dijo, el literal b) del artículo 21 de la citada Ordenanza 010 "por la cual se modifica el Estatuto Básico de la Administración Departamental del Valle y conceden facultades al Gobernador" y cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 21. Los prefectos cumplen las siguientes funciones generales:

...

b) Cumplir y hacer cumplir las Ordenanzas, Decretos y Resoluciones y demás órdenes del Gobernador y dictar las providencias que sean necesarias para tal efecto".

## EL AUTO RECURRIDO

Por éste luego de admitirse la demanda, se decretó la suspensión provisional atrás señalada y para ello se fundó el *a-quo* en el artículo 194 de la Constitución Nacional que estimó quebrantado por la norma suspendida y que entre otras, confiere a los Gobernadores la atribución de: 1. Cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento los Decretos y órdenes del Gobernador y las Ordenanzas de las Asambleas".

## LA SUSTENTACION DEL RECURSO

Se expresa en síntesis , así:

a. La norma impugnada y el artículo 194 numeral 1o., de la Carta tienen distintos propósitos y por ello no puede existir entre ellos interferencia ni conflicto, pues la referida atribución otorgada a los Gobernadores por la Constitución no lo es en forma privativa y exclusiva.

"En la jurisdicción de cada Departamento, es evidente que todos los funcionarios departamentales deben cumplir y hacer cumplir, además de la Constitución y las Leyes, las Ordenanzas que expida la Asamblea Departamental, pues se trata sin duda de una función atributiva de carácter general.

Al comparar la norma ordenanzal suspendida por el Honorable Tribunal Administrativo del Valle con la norma constitucional que se supone violada, puede observarse que A LOS PREFECTOS, funcionarios públicos departamentales, les corresponde cumplir y hacer cumplir los decretos, resoluciones, y demás órdenes del Gobernador. Porque según el esquema general adoptado por la Ordenanza 010 de 1988, los Prefectos dependen jerárquicamente del Gobernador, son agentes suyos o sus representantes, con dependencia administrativa, normativa y funcional de él, a quienes no se les

otorga autonomía y deben, por tanto, ejercer sus funciones sujetándose a las políticas, orientaciones e instrucciones que les imparta el Gobernador. Pero, de lo anterior no puede deducirse que tales funcionarios, a quienes la Ordenanza parcialmente acusada denominó PREFECTOS, están excluidos de la obligación constitucional y legal que corresponde a todos los funcionarios públicos colombianos, de CUMPLIR Y HACER QUE SE CUMPLAN, las ordenanzas, las Leyes y la Constitución Nacional expidiendo, si es del caso y si la norma que determina sus funciones los autoriza, las providencias o actos administrativos que sean necesarios para tales efectos".

En tales circunstancias la deducción del Tribunal al respecto desconoce el artículo 20 de la Carta.

"Otra cosa sería si la ordenanza 010 de 1988 hubiera pretendido realmente desconocer o suplantar el numeral 1o. del artículo 194 de la Constitución. Entonces sí hubiera sido legítimo sospechar que esa norma quería liberar al Gobernador del Valle de su obligación constitucional de cumplir y hacer cumplir las Ordenanzas, dejando radicada esa función en cabeza de los Prefectos. Pero, evidentemente, no es así. Su artículo 21, literal b), no despoja al Gobernador ni le reduce la función de cumplir y hacer cumplir en su jurisdicción las Ordenanzas expedidas por la Asamblea Departamental. Y, en consecuencia, no vulnera en ninguna forma la integridad del mandato constitucional como consideró la providencia del Tribunal Administrativo del Valle que decidió la suspensión provisional apelada, atendiendo la aseveración que el (sic) respecto formuló al demandante".

"Se deduce, entonces, de este análisis, que al Tribunal Administrativo del Valle le faltó una mejor lectura de la Ordenanza 010 del pasado año, pues que de haberla realizado su conclusión no sería la que por éste escrito se está recurriendo ante el Consejo de Estado.

"Porque se hubiera percibido que las providencias a que se refiere la Ordenanza atacada son meras reparticiones o distribuciones administrativas y, en ningún caso, divisiones territoriales como pretende el demandante. Que el propósito de la Ordenanza es modificar la estructura administrativa del Departamento, DESCONCENTRANDO algunas funciones y actividades de la administración central, pero no la DESCENTRALIZACION de las mismas, como se explicará a continuación".

b. No fueron además consideradas las siguientes disposiciones:

El artículo 3° de la Ley 78 de 1986 según el cual los Alcaldes elegidos por votación popular deberán ejercer las funciones que les asignen la Constitución, la ley, las Ordenanzas y los Acuerdos. El artículo 239 del Código de Régimen Político y Municipal con arreglo al cual a los empleados departamentales se puede imponer deberes "por las Leyes, por las Ordenanzas,

por los reglamentos que dicte el Gobernador del Departamento respectivo y por las órdenes de sus superiores". Los Decretos Extraordinarios Nos. 1602 a 1612 de 1977 expedidos en desarrollo de la reforma administrativa del Departamento del Valle adoptada en esa época y que determinaron como una obligación rutinaria de los Secretarios de la Gobernación y Directores de los Departamentos Administrativos la de "cumplir y hacer cumplir las ordenanzas, decretos, resoluciones, y demás órdenes del Gobernador".

c. Es preciso señalar algunas diferencias importantes entre descentralizar y desconcentrar, así:

"DESCONCENTRAR, modificando previamente la estructura de la administración departamental, es facultad que a las Asambleas les otorga el artículo 187 de la Constitución Política en su numeral 5°., reproducido por el artículo 60 del Decreto 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental). Según esta norma le corresponde a la Asamblea, por medio de Ordenanza, "DETERMINAR, A INICIATIVA DEL GOBERNADOR, LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION DEPARTAMENTAL, LAS FUNCIONES DE LAS DIFERENTES DEPENDENCIAS..."

"El artículo 7° de la Ordenanza cuya nulidad se busca, dispone: "LA ADMINISTRACION CENTRAL ESTARA COMPUESTA POR: a) LA GOBERNACION. b) LAS PREFECTURAS PROVINCIALES".

"El artículo sexto de la misma Ordenanza 010 de 1988 señala que la administración departamental está integrada por una administración central y una administración descentralizada. Y el artículo décimo indica que son componentes de la administración descentralizada los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta. Obsérvese bien que no se incluye a las provincias como elemento de la administración descentralizada sino de la administración central, determinándose sin ambigüedades ni equívocos el contenido DESCONCENTRADOR Y NO DESCENTRALIZADOR de la Ordenanza atacada.

"Si su propósito hubiera sido el que erróneamente se le atribuye, quizás por la fácil confusión entre las palabras DESCONCENTRACION y DESCENTRALIZACION, se hubiera dotado a las Provincias de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y se les hubiera independizado relativamente del Gobernador, disminuyendo su carácter de superior jerárquico en beneficio de un elástico control de tutela sobre los prefectos provinciales.

"Pero, la Ordenanza 010, dictada por la Asamblea del Valle (a iniciativa del Gobernador, como prevé la norma antes mencionada), se limita a reorganizar la administración Central del Departamento, diseñando mecanismos y estructuras que permitan desconcentrar, en procura de una mayor eficiencia administrativa, los servicios que usuarios fundamentales de esos servi-

cios y los beneficiarios de la acción que ejerzan las autoridades del orden (sic) departamental.

"Al distribuir la administración central del Departamento en Provincias no se procedió, como ya se ha dicho, con un criterio descentralizador, pues en tal caso se les hubiera dotado de personería jurídica y a los Prefectos se les hubiera revestido de autonomía. Se acogió, en cambio, un criterio desconcentrador, que se expresa –como atrás se dijo– en una modificación de la estructura administrativa mediante el establecimiento de unos nuevos cargos: los Prefectos, que ejercerán en lugares diferentes a Cali funciones propias de la administración central del Departamento. Sin que ésto signifique que las Provincias sean nuevas divisiones territoriales, situación necesaria de un proceso descentralizador y no, simplemente, desconcentrador".

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

No encuentra ésta que se produzca violación flagrante por las normas impugnadas del artículo 194 numeral 1 de la Constitución Nacional, por las siguientes razones:

1. En primer término, es cuestión que debe dilucidarse, después de un cuidadoso estudio, si ese texto confiere privativamente a los gobernadores la facultad de cumplir y hacer cumplir los decretos y demás actos administrativos de tales funcionarios y de las Asambleas. Y si al consagrar en cabeza de los Prefectos de Provincia semejante atribución significa despojar de ella a los gobernadores.

Sólo con motivo de la sentencia es dable entrar en las particularidades del caso para arribar a la conclusión que correspondiere, todo lo cual pugna con el instituto de la suspensión provisional en que de un simple cotejo entre la norma y el acto acusado debe surgir el quebranto ostensible. (Art. 152 del C.C.A.).

2. La cuestión anterior pasaría a un segundo plano porque sobre todo debe definirse la legalidad de la figura del Prefecto Provincial que se crea en la Ordenanza 010 de 1988 y cuya validez es cuestionada a través del presente contencioso objetivo de anulación. Habrá entonces dentro de esta perspectiva de analizarse los fenómenos jurídicos de la Centralización *vis-à-vis* la desconcentración, tal como lo adelanta y plantea la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto la Sala decide lo siguiente:

REVOCASE la suspensión provisional decretada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante el auto recurrido, del artículo 21 literal b)

de la Ordenanza No. 010 del 24 de noviembre de 1988 de la Asamblea de dicho Departamento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa (1990).

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

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

## CLUB MILITAR/ CLUBES/ DERECHO A LA LIBERTAD

**No podría alegarse que no pertenecer a un club social vulnera, ya los derechos civiles y garantías sociales, amparados por la Constitución Política, ya la noción de servicio público. Ser parte de un club viene a ser aditamento al ejercicio de la libertad individual, de carácter muy particular porque no hacer parte no implica desmejorar la condición de ciudadano.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E. treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 939. Demandante: José Gonzalo Otalora Caro.

El doctor JOSE GONZALO OTALORA CARO, en nombre propio, intenta acción de nulidad, por inconstitucionalidad del artículo 4°., literal a) y el artículo 10 del Decreto 559 de 1986 (febrero 19), dictado por el Presidente de la República, en uso de las facultades otorgadas por el Decreto-ley 2336 de 1971, artículo 5°. El actor formula la siguiente:

### PETICION

"La petición que formulo a continuación tiene por objeto poner en conocimiento (sic) del Honorable Magistrado Ponente, la violación del ejercicio de la potestad reglamentaria que la constitución política (sic) otorga al Presidente de la República según los hechos que me llevaron a impetrarlas (sic) los fundamentos y las pruebas que pretendo hacer valer para que lo

resuelto por el despacho, (sic) sea el anhelo de los administrados con el fin de lograr leyes reglamentarias (sic), inspiradas en los más altos propósitos de justicia y en el evento (sic) se declaren nulos por inconstitucionalidad el art. 4°., literal a) y el art. 10 del Decreto 559 del 19 de febrero de 1986 y se ordene (sic) dictar las normas reglamentarias correspondientes". (fl. 14).

Modificada la demanda, el actor reformuló su petición en los siguientes términos:

"Declarar que son nulos: el literal a) del art. 4° y el art. 10 del Decreto 559 de febrero 16 de 1986, dictado por el señor Presidente de la República, por ser violatorios de la Constitución Nacional en sus arts. 12 numeral 3°., 76, numerales 9° y 10; lo mismo que el Decreto-ley 2336 de diciembre de 1971, en sus arts. 1° y 5°.

"Estoy invocando la acción popular de nulidad.

"Los hechos expuestos en la demanda señalan la violación de la carta política y de la ley. Mi caso lo presento como un ejemplo" (fl. 24).

Las disposiciones acusadas como nulas son del siguiente tenor:

"Decreto 0559 de 1986 (febrero 19).

"Por el cual se aprueba un Acuerdo de la Junta Directiva del Club Militar.

"...

"Artículo 4°, literal a)

"...

"Son efectivos (socios)

"Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se retiren con un mínimo de quince (15) años como socios activos y gocen de asignación de retiro o pensión militar o policial;

"...

"Artículo 10

"La Junta Directiva del Club goza de facultades para decidir sobre las solicitudes de admisión de socios, excepto las de socios juveniles que serán decididas por el Director General del Club".

## I. LA DEMANDA

El actor fundó la petición que se expresa en los siguientes hechos:

1. La Ley 7a. de 1970 otorgó facultades al Presidente de la República para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional y regular el régimen del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

2. En tal virtud, se expidió el Decreto Ley 2336 de 1971.

3. De acuerdo con lo anterior, la Junta Directiva del Club Militar elabora los estatutos del Club, con aprobación del Gobierno.

4. En Decreto 334 de 1973, se aprobó el Acuerdo 005 de 1972, estatuto del Club Militar.

5. El Decreto 334 de 1073, artículo 4º., literal a) establece que son socios efectivos "los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que goce de pensión o sueldo de retiro".

6. Según el Decreto Ley 2336 de 1976 y el reglamentario 334 de 1973, para ser socio del Club se requiere ser oficial de las Fuerzas Armadas Militares o de Policía, en goce de pensión o sueldo de retiro con solicitud a la Junta Directiva. Esta no tiene facultad para negar una solicitud si se cumplen los requisitos exigidos.

7. El Decreto Reglamentario 334 de 1973 se ajusta a los términos del Decreto Ley reglamentado.

En relación con las normas acusadas, el actor no trae ningún hecho que configure violación de preceptos de superior categoría. Los conceptos (sic) de violación expresa el actor en los siguientes sucintos términos:

a. Las normas acusadas se extralimitan en su labor reglamentaria al exigir 15 años como socio activo (art. 4º., literal a) y otorgar a la Junta Directiva del Club discrecionalidad para la admisión.

b. El art. 169 de la Constitución Política se relaciona con el Derecho del personal militar al grado, honores y pensiones. Sólo la ley puede hacerlo.

No permitirle a un Oficial ser socio activo del Club Militar constituye daño moral en su honor, en su grado y en sus estatus (sic).

c. Los requisitos legales han sido cumplidos por el actor como se aprecia en seguida:

- El retiro del actor como Oficial del ejército se produjo después de 30 años, 11 meses, 15 días de servicio.

- Se le reconoció como asignación de retiro el 95%.

- Solicitó ingresar como socio activo al Club Militar.

- La solicitud de ingreso fue negada en el Acta No. 292 de 1988 (marzo 2).

## II. LOS ALEGATOS

No hubo contestación a la demanda ni alegatos de conclusión por ninguna de las partes.

## III. VISTA FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público ante esta Corporación parte de la consideración de persona jurídica del Club Militar, cuya Junta Directiva está facultada para adoptar el régimen general del ente de carácter social, recreacional y de fortalecimiento de los vínculos de compañerismo que debe existir entre quienes ingresen de socios. Agrega que la Junta Directiva ha actuado dentro del marco legal que se le ha reconocido; que la norma que se cita como una de las vulneradas es un acuerdo de la Junta Directiva, decisión del mismo carácter normativo de la que ahora se cuestiona. Concluye el colaborador fiscal que la facultad discrecional que se le censura a la Junta Directiva se halla dentro de sus funciones encaminadas a "elaborar los reglamentos generales", "elaborar los estatutos" y "aprobar la política general del club"; que siendo la institución un **Club**, denominación con la cual se nombran muy diversos entes, coincidentes todos en el espíritu que los anima y en la celosamente guardada selección de sus socios, mal podría exigirse la amplitud y liberalidad en el ingreso pues de ellos es típico "un discernimiento o concepto de lo propio" (subraya la Sala). La facultad de la norma acusada –concluye– "podría venir a llenar alguna causal faltante de entre las tres previstas por el artículo inmediatamente anterior".

Su concepto es el de que no deben prosperar las pretensiones de la demanda.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Establece el artículo 1o del Decreto Ley 2336 de 1971, inciso 1o., lo siguiente:

"El Club Militar, creado por Ley 124 de 1948 y reorganizado por el Decreto número 146 de 1960, es un **establecimiento público** esto es, un organismo

dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente que tiene por objeto facilitar a los oficiales en actividad y en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional medios para su recreación y el fortalecimiento de los vínculos de compañerismo.

"Parágrafo..."

Antes de entrar en la consideración del carácter y efectos derivados de la calificación de establecimiento público que se le reconoce al Club Militar, la Sala estima pertinente llevar a cabo un somero examen etimológico-semántico del vocablo **club**. Advierte el Código Civil que las palabras de la ley habrán de entenderse "en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" (art. 27); el **Diccionario de uso del Español**, de María Moliner explica que **natural** "es aplicable al adjetivo que expresa una cualidad que la persona (sic) de que se trata tiene desde que ha nacido". De **obvio** la misma obra declara: "se dice que lo que se percibe con sólo observar o de lo que no se puede negar". En síntesis, el sentido natural y obvio de una palabra es el que corresponde por su estructura radical y el uso que generalmente se le da.

Como se sabe, lo etimológico ("*etymos*", verdadero; "*logos*", palabra) tiene que ver con la derivación o procedencia de una palabra; en el estudio se comprenden dos tipos de análisis: el de la raíz y el de las formas que la palabra tiene a través de los años. No hay que olvidar que la palabra club, como anglicismo que era, padeció muchas resistencias antes que la Real Academia Española accediera a españolizarla y admitirla como vocablo castizo; a este respecto vale agregar que aún en la actualidad no existe unanimidad respecto de su plural, pues mientras la Academia Colombiana de la Lengua recomienda la forma "clubes", María Moliner insiste en que la forma correcta es "clubs".

Según noticia del *Webster's Third New International Dictionary* (Merriam Webster Inc. Springfield, Massachusetts, U.S.A., 1986) el vocablo **Club** proviene de las raíces **clubbe** y **clam** del inglés del siglo XIII, que coinciden en la connotación de **atadura, torniquete, anillo para sujetar lazo, cadena**, que dieron origen a los sentidos figurados de vínculo, norma común a la que se someten determinadas personas, restricción a la libertad personal, sometimiento a ciertas restricciones, etc. El último diccionario en cita la define en los siguientes términos:

"*Club; an association of persons for social and recreational purposes or for the promotion of some common object (as literature science, political activity) usually jointly supported and meeting periodically, membership in social clubs* ***usually being conferred by ballot*** *and carrying the privilege of use of the club property*".

(Club: Asociación de personas con fines sociales o de recreación, o para el desarrollo de algún propósito común (literario, científico o de actividad política) en que usualmente todos los miembros contribuyen a los gastos y se reúnen periódicamente; en los clubes sociales, el carácter de socio se adquiere tradicionalmente por votación secreta de los miembros activos situación que da derecho a gozar del privilegio de servirse de todos los bienes de la institución) (la versión española y la subraya son de la Sala).

Hace parte, así, de la noción de club el de que sus órganos directivos gocen de discrecionalidad para el ingreso de nuevos socios.

En el caso de autos, el actor ha intentado una acción de nulidad en contra de un acto-regla pero ha traído, sólo a título de ejemplo, su caso personal, sin que haya forma de averiguar si el rechazo a su solicitud de ingreso pudo originar una arbitrariedad o un procedimiento indebidamente discriminatorio, pues la copia del acta en que se decidió sobre la negativa a su ingreso se limita a expresar que no se accedió a ello, fuera de que no es objeto del presente debate. No existe disposición legal alguna que fuerce a la Junta Directiva a precisar los motivos que tuvo para rechazar la solicitud. Esta conducta hace parte, a su vez, de las facultades que los órganos directivos de los clubes tienen para el ingreso de nuevos socios.

El examen de las súplicas de la demanda involucran la consideración sobre el **orden jurídico** colombiano, que podría definirse como de la autonomía de la voluntad, salvo limitaciones de orden público y buenas costumbres. No sobra advertir entre líneas que la jurisprudencia ha sido reiterada por parte de esta Corporación en cuanto a la discrecionalidad de los clubes en el ingreso de nuevos socios; hace parte, tal facultad de la **rerum natura** de la institución. La autonomía que la propia ley reconoce a los establecimientos públicos comprende la facultad indiscutible, como que hace parte de la noción misma de persona jurídica descentralizada, para darse su propio reglamento. Por otra parte, no podría alegarse que no pertenecer a un club social vulnera, ya los derechos civiles y garantías sociales, amparados por la Constitución Política, ya la noción de servicio público. Ser parte de un club viene a ser aditamento al ejercicio de la libertad individual, de carácter muy particular porque no hacer parte no implica desmejorar de la condición de ciudadano. Sencillamente, los clubes se reservan el derecho de admisión, como otro tanto sucede con el otorgamiento de distinciones y honores públicos; nadie estaría habilitado para demandar a la nación colombiana por no habérsele concedido la Cruz de Boyacá.

Desde otro punto de vista, el artículo 1° del Decreto-ley 2336 de 1971 determina qué clase de personas pueden pertenecer al Club, pero no podría llegarse a entender la disposición como de prohibición a la actividad interna

del Club. De acuerdo con su orientación y espíritu, el Club está facultado para establecer restricciones en el ingreso de personas según unas exigencias o limitaciones que la propia institución está en plena aptitud legal de hacer. Y como se trata del ejercicio de la acción pública de nulidad, de nada sirve el caso particular del actor en el examen de la presunta ilegalidad de los preceptos acusados.

Lo anterior es suficiente para decidir como se hace, en un todo de acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público.

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

**FALLA**

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida 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.

**REGLAMENTO CONSTITUCIONAL/ EDUCACION SUPERIOR** - Vigilancia

**El Decreto 80/80 es uno de aquellos estatutos que participan de tres clases de normaciones, pues es Decreto Ley en parte, es reglamento constitucional o Decreto Autónomo y en parte es Decreto Reglamentario. No es necesario examinar si el decreto materia de la demanda es verdaderamente un reglamento constitucional o autónomo, no importa que el texto literal del mismo así lo diga al invocar las atribuciones que sirven de marco al ejercicio de su pretendida competencia, porque si bien es verdad que la técnica administrativa exige precisión en todos estos aspectos, no lo es menos que la decisión cuenta más que la invocación. Sólo a través del estudio sistemático del decreto podrá precisarse cuáles de sus disposiciones son normas reglamentarias de la Constitución y cuáles de la ley, o si todas lo son de una u otra, porque nada se opone a que en un mismo acto administrativo puedan converger normas de una y otra naturaleza.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., doce (12) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente No. 1325. Actor: Darío Rodríguez Jáuregui.

Por satisfacer *prima facie* los requisitos meramente formales que la ley determina, será admitida la anterior demanda.

**SUSPENSION PROVISIONAL**

En el mismo escrito de su demanda, el ciudadano Darío Rodríguez Jáuregui solicita la declaratoria de suspensión provisional del acto administrativo acusado,

por considerar que está quebrantado de modo ostensible disposiciones de carácter superior.

El acto materia de la demanda de simple nulidad y a la vez objeto de la medida cautelar impetrada, es el artículo 8°., en su integridad, del Decreto Autónomo número 1227 de 13 de junio de 1989, cuyo tenor literal es el siguiente:

> "Con el fin de garantizar el ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia, en los Consejos Directivos de cada una de las instituciones de educación superior no oficiales, habrá un delegado del Ministerio de Educación Nacional, quien asistirá a las sesiones del respectivo organismo con voz, pero sin voto.
>
> "*Parágrafo.*- Para ser delegado del Ministerio de Educación Nacional en las instituciones de educación superior no oficiales, se requiere ser ciu-da-dano colombiano, mayor de treinta y cinco (35) años y haber sido profesor universitario por más de cinco (5) años".

El actor asevera, para pedir el decreto de suspensión provisional, que la norma acusada está violando de manera evidente y como lo exige el precepto 152 del C.C.A., estas disposiciones de índole superior: artículos 12, 41 y 120-12-19 de la Constitución Política y 18 y 141 del Decreto 80 de 1980.

Dice el actor que el art. 8° del "Decreto Autónomo" 1227 de 1989 no ha debido dictarlo el Presidente de la República, pues carece de competencia para ello. Que es clara y precisa la jurisprudencia al señalar que "el mandato del ordinal 12 del artículo 120 de la Carta, quedó subordinado al artículo 41 de la misma, y por ende, la inspección y vigilancia de las instituciones dedicadas a la enseñanza, quedó en cabeza del estado, quien la ejerce a través de su órgano correspondiente: el Congreso de la República". El ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución "no faculta al presidente para tomar medidas como la contenida en el acto que se acusa, pues tal atribución sólo está dada para ejercer la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común en orden a que "sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores". Además tal facultad solo puede ser practicada dentro de la órbita señalada por la ley, en este caso el Decreto Ley 80 de 1980, pues del género de utilidad común, las instituciones de educación superior son una especie que goza de especiales características dadas por dicha disposición, entre ellas, la autonomía para gobernar y orga nizarse según se disponga en sus estatutos". Que 'le corresponde a la ley señaiar el campo de acción para el ejercicio de la inspección y vigilancia de que tratan los ordinales 12 y 19 del artículo 120 de la Carta, de tal manera que el Gobierno Nacional sólo puede hacer uso de esas atribuciones constitucionales

dentro de la órbita señalada por ley. Que ni en la Ley 8a. de 1979, que facultó al ejecutivo para reglamentar la educación superior, ni en el decreto expedido con base en ella, el 80 de 1980, "se dispuso ni se previó la posibilidad de que en los Consejos Directivos de las instituciones de Educación Superior, podría tener asiento un delegado del Ministerio de Educación". Además el acto acusado viola el artículo 18 del "Decreto Ley 80 de 1980, que determina que dentro de los límites de la Constitución y la ley las instituciones de educación superior son autónomas para darse su propia organización y gobierno". También quebranta al artículo 141 del citado Decreto 80/80, según el cual "las instituciones no oficiales deberán ser organizadas como personas jurídicas autónomas" y consecuencialmente viola así mismo al artículo 12 de la Carta.

## CONSIDERACIONES

En primer lugar ha de dejarse sentado que el Decreto 80 de 1980, en sus 194 artículos, es uno de aquellos estatutos que participan de tres clases de normaciones, pues es Decreto Ley en parte, en parte es Reglamento Constitucional o Decreto Autónomo y además en parte es Decreto Reglamentario.

A su turno, el artículo 8° acusado, como integrante del Decreto 1227 de 1989, es acto administrativo, toda vez que este Decreto es de los llamados Autónomos Reglamentos Constitucionales, dictado por el Presidente de la República, con la firma de su Ministro de Educación Nacional, "en ejercicio de las facultades que le confieren los numerales 12 y 19 del artículo 120 de la Constitución Política; los artículos 140, 142 y 182 del Decreto Ley 80 de 1980", conforme se indica en su encabezamiento.

Veamos qué dicen las normas superiores que el actor reputa ostensiblemente quebrantadas por el acto acusado:

> "La capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinan por la ley colombiana". (C. Nal., art. 12: 6° del A. Legislativo No. 1 de 1936).
>
> "Se garantiza la libertad de enseñanza. El estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos (...)". (C. Nal., artículo 41, primer inciso).
>
> "Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:
>
> (... ...)

"12) Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional.

(... ...)

"19) Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores (...)". (C. Nal., artículo 120).

"Dentro de los límites de la Constitución y la ley, las instituciones de educación superior son autónomas para desarrollar sus programas académicos y de extensión o servicio; para designar su personal, admitir a sus alumnos, disponer de sus recursos y darse su organización y gobierno. Es de su propia naturaleza el ejercicio libre y responsable de la crítica, de la cátedra, del aprendizaje, de la investigación y de la controversia ideológica y política". (Decreto 80 de 1980, art. 18).

"Las instituciones no oficiales deberán ser organizadas como personas jurídicas autónomas". (Decreto 80 de 1980, art. 141).

Esta parte acabada de transcribir corresponde al artículo 141 del Decreto 80 de 1980 que fue declarada exequible, en tanto que todo el resto del mismo artículo recibió declaratoria de inconstitucionalidad por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de septiembre de 1980.

Como el Decreto 1227/89 fue expedido con invocación, entre otros, de los artículos 140 y 142 del "Decreto-ley 80 de 1980", en seguida se incorporan textualmente tales artículos:

ARTICULO 140: "La función social de la educación y su carácter democrático implican para las instituciones no oficiales la obligación de administrar sus recursos con los criterios de racionalizar los costos, ampliar las oportunidades de acceso a la educación superior y mejorar la calidad académica de sus programas. Para efecto de que se cumpla este principio, el Estado podrá examinar los presupuestos y los planes de inversión de las instituciones".

ARTICULO 142: "Las instituciones de que trata este Título están sometidas a la permanente inspección y vigilancia del Estado y podrán ser sancionadas cuando incumplan las normas legales o sus propios estatutos".

Se anota que, además, estos dos arts. 140 y 142 del Decreto 80/80 están incluidos por el actor entre las normas superiores lesionadas ostensiblemente por el acto acusado.

Para respaldar su planteamiento de inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 8º acusado y cuya suspensión provisoria se pide por el demandante, éste inserta en su demanda algunos apartes de sentencias del Consejo de Estado que apoyan su acusación.

Un doble aspecto plantea, en síntesis, el demandante cuando solicita la suspensión provisional: por una parte, el relacionado con la rama del poder que debe precisar en qué consiste la función de inspección y vigilancia que debe ejecutarse en la práctica por la rama administrativa; y por otra, los límites dentro de los cuales está contenida la competencia del Presidente de la República para expedir reglamentos constitucionales.

Apoyado en algunas jurisprudencias del Consejo de Estado, basa su tesis en la línea doctrinaria según la cual, como la inspección y vigilancia de los institutos docentes públicos y privados la atribuyó el artículo 41 de la Constitución Política al "Estado", y el órgano político de éste es el Congreso, a las Cámaras Legislativas compete, por medio de leyes, definir los principios y opciones políticas y los organismos de la Rama Administrativa que los ejecuten.

La jurisprudencia contenida en las decisiones que afirman lo anterior, es discutible. Pero en el caso concreto que se examina en este primer análisis para decretar o no una medida cautelar, sin entrar en el fondo del asunto, que deberá ser precisado en la sentencia que resuelva sobre las pretensiones de la demanda, podría decirse válidamente que "los principios u opciones políticas fundamentales" sobre la suprema inspección y vigilancia de la educación, se hallan consignados en el Título Sexto del Decreto Ley 80 de 1980 expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 8a., de 1979 y mediante el cual fue organizado el sistema de educación post-secundaria. En efecto, el artículo 182, con el cual se inicia el Título, expresa cómo, sin perjuicio de la facultad que para dirigir, reglamentar e inspeccionar la instrucción pública nacional corresponde al Presidente de la República, la suprema inspección y vigilancia de las instituciones de educación superior, oficiales y no oficiales, que al Estado le asigna el artículo 41 de la Constitución Política, será ejercida por el Gobierno Nacional de acuerdo con las disposiciones del mismo Decreto, con la inmediata colaboración del Icfes.

En desarrollo de ese precepto inicial, los demás artículos de ese Título, precisan el objeto y extensión de la inspección y vigilancia, establecen las sanciones a que pueden ser sometidas las entidades educativas superiores por violación de las disposiciones legales, indican la naturaleza y gravedad de las faltas, señalan los funcionarios y corporaciones titulares de la competencia para imponerlas, atribuyen al Icfes la facultad de expedir conceptos que en el caso de

cancelación de personería jurídica debe ser acatado por el Ministerio de Educación, establecer un procedimiento gubernativo, convierten al Icfes en titular de competencia para suspender o cancelar cualquier programa de formación u ordenar la no admisión de nuevos estudiantes cuando, previa evaluación de las condiciones en que el respectivo plantel de educación superior pretende aplicarlo, aparezca que su nivel académico no es satisfactorio. Todas estas atribuciones podrían desde ya calificarse como "principios u opciones políticas fundamentales" que guían y orientan a la Administración en la función concreta de inspeccionar y vigilar a cada uno de los establecimientos educativos, y desencadenan, a su vez, las competencias administrativas para crear, instrumentar, facilitar y ejecutar tan trascendental función del Estado como la que consagra el artículo 41 constitucional. De manera que surge casi como una necesidad que el Ejecutivo dote a sus organismos y funcionarios de los medios prácticos que permitan cumplir con eficacia su cometido. Uno de esos medios podría ser la presencia en las reuniones de los Consejos Directivos, del profesional delegado del Ministerio de Educación.

Precisado el caso como se ha hecho en los párrafos anteriores, no es necesario examinar si el Decreto materia de la demanda, es verdaderamente un reglamento constitucional o autónomo, no importa que el texto literal del mismo así lo diga al invocar las atribuciones que sirven de marco al ejercicio de su pretendida competencia, porque si bien es verdad que la técnica administrativa exige precisión en todos estos aspectos, no lo es menos que la decisión cuenta más que la invocación. Sin embargo, en el caso particular del Decreto 1227 de 1989, el Presidente también invoca para que le sirva de soporte el artículo 182 del Decreto Ley 80/80 que, como se ha visto y siendo aún discutible tal aseveración, desde el punto de vista legislativo, es la expresión y definición de los principios u opciones políticas fundamentales en relación con la inspección y vigilancia que ha de ejercer el Estado en las instituciones de educación superior. Sólo a través del estudio sistemático del Decreto podrá precisarse cuáles de sus disposiciones son normas reglamentarias de la Constitución y cuáles de la ley, o si todas lo son de una u otra, porque nada se opone a que en un mismo acto administrativo como el que se examina, puedan converger normas de una y otra naturaleza.

Teniendo en cuenta los razonamientos consignados anteriormente, no puede afirmarse que el artículo 8° del Decreto 1227/89 viole la Constitución porque es un reglamento constitucional o autónomo, o que el Presidente de la República excedió su facultad reglamentaria al expedirlo porque ninguna norma legal lo faculta expresa o tácitamente para dictarlo. Por lo menos no puede afirmarse tal cosa en los términos categóricos que exige el artículo 152 del C.C.A., para decretar la medida cautelar que solicita el actor. Es evidente que la situación amerita un estudio de mayor profundidad que toca con las materias esbozadas en

esta providencia. Será necesario examinar en concreto, si habiéndose atribuido expresamente por la Ley al Gobierno Nacional la facultad de inspeccionar y vigilar a las instituciones educativas del nivel superior a través de medidas como las que con toda precisión señala el Título Sexto del Decreto 80/80, resulta o no complementaria la presencia de un profesional calificado en las reuniones de los Consejos Directivos; presencia que de ninguna manera puede traducirse en ingerencia sobre las decisiones del organismo rector de la institución de que se trate, toda vez que carece de voto en relación con las mismas. Y habrá necesidad de precisar, en defensa de las libertades públicas que consagra el Título III de la Constitución Política, razón central de ser del Derecho Administrativo y por ende del proceso contencioso, si una de ellas, la de enseñanza, tan cara a los colombianos y conquistada en una de las grandes gestas reformistas de nuestro Estado, ha sido, no simplemente encauzada o limitada por la ley, sino desconocida o menoscabada por un simple acto administrativo, por el hecho de pretender que un funcionario del Estado en quien se exigen perentoriamente tres requisitos concurrentes e importantes (ser ciudadano colombiano, tener más de treinta y cinco años de edad y haber sido profesor universitario por más de cinco años) asista sin voto pero con derecho a voz, es decir, con derecho a hablar en las reuniones y con el único objeto de enterarse sobre el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones impuestas por la ley a la respectiva universidad o institución educativa de nivel superior. Y será también necesario que la sentencia defina, si la autonomía de que gozan las instituciones de educación superior para, dentro de los límites de la Constitución y la ley, desarrollar sus programas académicos y de extensión, designar su personal, admitir a sus alumnos, disponer de sus recursos, darse su organización, escoger su gobierno, ejercer libre y responsablemente la crítica, la cátedra, el aprendizaje, la investigación y la controversia ideológica y política, se vé comprometida porque un delegado del Ministro de Educación asiste a las reuniones donde se toman medidas para el ejercicio de aquella autonomía o si, por el contrario, impedir tal asistencia conduciría a evitar la oportuna intervención del Estado, intervención que permite al delegado, en ejercicio de su derecho a voz, advertir, aconsejar, prevenir, o simplemente observar lo que ocurre durante las sesiones del Consejo Directivo, para facilitar y hacer más efectiva la atribución constitucional a que viene refiriéndose esta providencia.

Si la búsqueda del equilibrio entre la autoridad y la libertad es la aspiración del estado de derecho, y si la misión fundamental del derecho administrativo, según se dijo, es procurar ese encuentro para que la actuación administrativa haga posible el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley, nada más delicado que encontrar y precisar el límite que señale el campo de la autoridad frente al ejercicio de la libertad. La norma jurídica

busca acertar en ese alindamiento. Toca al juez administrativo definir con autoridad de cosa juzgada, si el actor de la medida administrativa logró su cometido o si, en cambio, desequilibró la balanza que la Constitución Política quiere equilibrada a través de la expresión legislativa, aplicada por la Administración mediante el ejercicio de sus propias facultades, entre las cuales se halla la de precisar y desarrollar la voluntad del legislador de manera exacta.

No resulta difícil concluir, después de todo lo dicho, que no es éste el momento procesal más indicado para resolver sobre los problemas planteados, como aspira el actor. En consecuencia, el Consejo de Estado , Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de conformidad con el artículo 154 del C.C.A.,

**RESUELVE:**

1o. Admitir la anterior demanda de simple nulidad contra el artículo 8°., del Decreto 1227 de 1989;

2o. Reconocer como parte actora al ciudadano Darío Rodríguez Jáuregui;

3o. Tener como parte demandada a la Nación Colombiana representada por el Ministro de Educación Nacional;

4o. Ordenar la notificación personal de este auto al agente del Ministerio Público;

5o. Ordenar igualmente la notificación personal de esta providencia al Ministro de Educación Nacional, al Director del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior - Icfes, y al representante legal de la Asociación Colombiana de Universidades;

6o. Disponer la fijación en lista;

7o. Solicitar los antecedentes administrativos del acto acusado;

8o. Negar la suspensión provisional de la disposición acusada; y

9o. Abstenerse de ordenar el depósito de que trata el numeral 4° del artículo 207 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su Sesión de fecha doce (12) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

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

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

**JUICIO CIVIL DE POLICIA/ CAPITANIA DE PUERTO/ ACTO JURISDICCIONAL/ JURISDICCION/ CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA/ UNICA INSTANCIA**

**Los funcionarios marítimos cuando intervienen en la investigación tendiente a establecer la responsabilidad en un accidente de naves y artefactos marítimos definen, como lo hace un juez a quien se le puede atribuir la autoría o si ésta es de varios o compartida. Entonces no cumple el administrador un cometido inherente a su función propia de prestar un servicio público o evacuar una necesidad de la comunidad, sino que dirime una contención de carácter privado imputando la responsabilidad del siniestro a quien correspondiere. La competencia asignada al Consejo de Estado en única instancia relativa a asuntos de navegación marítima, fluvial o aérea se contrae a aquellos en que se ventilen cuestiones de derecho administrativo.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sala de Decisión.*- Bogotá D.E., doce (12) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 227. Demandante: SERVICIOS DE BOTES MARITIMOS - SERMAR LTDA.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la Sociedad SERVICIOS DE BOTES MARITIMOS –SERMAR LTDA– contra el auto de 27 de marzo de 1989 dictado por el señor Consejero ponente dentro del presente proceso y por el cual se decretó la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda.

## ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., la referida Sociedad demandó ante esta Corporación la nulidad de las siguientes decisiones:

a) De la providencia de 17 de abril de 1984 mediante la cual "el Capitán de Puerto de Cartagena responsabilizó al señor Abimelec Otero Estupiñan, Capitán del remolcador Gatún y solidariamente a su armador, del accidente por el hundimiento del bote Sermar IV o ex-Fagrave I, en el grado de culpa, hecho ocurrido el día 3 de marzo de 1983 en la Bahía de Cartagena".

b) De la providencia de 21 de diciembre de 1984 del Director General Marítimo y Portuario mediante la cual se confirmó la providencia antes mencionada.

Como fundamentos jurídicos de sus pretensiones la actora alega los siguientes:

a) Los actos demandados, en primer lugar, constituyen decisiones de carácter administrativo no sólo desde el punto de vista formal porque son producidas por autoridades administrativas, sino también desde el aspecto material.

b) Tales actos infringen las siguientes normas:

1. El artículo 26 de la Carta Política porque ellos condenaron al capitán del remolcador Gatún y al armador del remolcador como responsables del accidente ocurrido al Bote Sermar IV en la Bahía de Cartagena el 3 de marzo de 1983 sin "haber sido citados al proceso como partes" (fl. 7).

2. El capitán del Puerto de Cartagena no quiso constituir el Tribunal de Capitanes de que tratan los artículos 40 y 45 del Decreto 2349 de 1971" a pesar de que tales normas ordenan la obligatoria constitución del mismo y sólo dejan la facultad discrecional al Capitán del Puerto de convocarlo o no cuando se trata de siniestros menores, evento que no era el presente dada la magnitud de la carga, las dimensiones del bongo, el valor de los productos pérdidos y el gravísimo peligro de contaminación que para la Bahía de Cartagena revestía el alto grado tóxico de la sustancia transportada" (fl. 7).

## EL AUTO SUPLICADO

Resolvió éste que "consecuente con lo expuesto, la nulidad propuesta por el señor apoderado de la Sociedad Dow Química de Colombia S.A. y Dow Colombiana S.A., a términos del artículo 152 numeral 2° del Código de Proce-

dimiento Civil, en concordancia con el 165 del C.C.A., se evidencia en autos y así debe declararse en esta providencia, a términos del artículo 157 del C. de P.C., puesto que los fallos expedidos tanto por el Capitán de Puerto de Cartagena como por el Director General Marítimo y Portuario, escapan a esta jurisdicción conforme al inciso final del artículo 82 del C.C.A., y además la nulidad no es saneable". De todo lo cual se concluyó y se decidió en dicha providencia "DECLARAR NULO todo lo actuado en este proceso a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive".

Y para llegar a tal determinación se razonó en el susodicho auto del siguiente modo:

> "Siendo preponderante el cuestionamiento que en una de las excepciones presentadas se hace sobre la competencia del Consejo de Estado para conocer de este proceso, a ella se encaminarán en primer lugar estás consideraciones:
>
> El inciso final del artículo 82 del C.C.A., prescribe que , "'la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil. ...'".
>
> Consagra el Decreto 2349 de 1971 la primera parte del Título VI, exclusivamente al procedimiento que se debe seguir en las "Investigaciones por accidentes y siniestros". Dándole a esta parte del Decreto que crea la Dirección General Marítima y Portuaria, una apariencia de verdadera codificación jurisdiccional, una normatividad especial que remite, para establecer concordancia con algunas de sus disposiciones, a taxativas normas del Procedimiento Civil. El decreto consagra los recursos de reposición y apelación lo mismo que la obligación de la consulta cuando el fallo no haya sido apelado, y, por ende, estatuye las dos instancias; las decisiones se llaman sentencias o fallos y prescribe que tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda podrán aclararse, corregirse y adicionarse en los casos y términos que establece el Título XIV, Capítulo III del Código de Procedimiento Civil. Implica dicho procedimiento que, efectivamente, las autoridades marítimas ejercen una función judicial que tiene como finalidad decidir los conflictos surgidos por "accidentes o siniestros marítimos de naves y artefactos navales", según lo prescrito en el artículo 37. Se ha discutido largamente sobre las verdaderas funciones que desempeñan los capitanes de puerto, sobre si éstas son funciones jurisdiccionales o si son simplemente las funciones de un empleado de orden administrativo. Se han llegado a interpretar dichos procesos inclusive como verdaderos juicios de policía. Así lo sugiere el distinguido profesional que presenta las excepciones, participando la Sala de su criterio conforme entra a explicarse en detalle.
>
> El Decreto Ley 2349 de 1971 creó la Dirección General Marítima y Portuaria como dependencia del Ministerio de Defensa Nacional, Armada Na-

cional, cuyos objetivos son la investigación marítima y la regulación y control de transporte marítimo internacional y de cabotaje, así como también de los Puertos del País.

De toda la normatividad legal del Decreto 2349 extracta la Sala las siguientes disposiciones como suficientes para relievar la naturaleza jurídica de las actuaciones de la Dirección General Marítima y Portuaria, así como las Capitanías de Puerto, normas que fácilmente se vinculan con el caso en examen.

El numeral 8° del artículo 4° que confiere al Director General de la Dirección General Marítima y Portuaria la función de fallar en segundo grado las apelaciones y consultas de las providencias dictadas en primer grado por las capitanías de Puerto.

El artículo 9° que atribuye a las Capitanías de Puerto como funciones ejercer la autoridad Marítima y Portuaria en su jurisdicción, investigar, aún de oficio, las infracciones a las leyes, decretos y reglamentos de la Marina Mercante Colombiana y dictar el fallo de primer grado.

El Título II que regula lo relativo a la jurisdicción, y en cuyo artículo 12 se dice que la Dirección General Marítima y Portuaria y sus dependencias ejercen funciones y atribuciones en las aguas interiores, espacios marítimos jurisdiccionales, plataforma continental, ríos limítrofes navegables, costas, riberas y Puertos de la República.

El articulo 38 que considera como accidente o siniestro el definido como tal por los Tratados, Convenios y la Costumbre Internacional o Nacional.

El 37 que dice que "las investigaciones por accidentes o siniestros marítimos de naves y artefactos navales se adelantarán y fallarán de acuerdo con las disposiciones del presente Decreto".

El 39 señala como autoridades para el cumplimiento de las normas que se dictan en el Decreto, al capitán del Puerto primer grado y al Director General Marítimo y Portuario en segundo grado.

Y en cuanto hace al procedimiento propiamente dicho, el capítulo tercero del título VI regula en su integridad en los artículos 44 a 74, consignando el principio de las dos instancias. Y así tenemos que el artículo 44 otorga a la Capitanía de Puerto la facultad de investigar todo accidente o siniestro marítimo, de oficio o mediante protesta presentada por el Capitán o Capitanes de las naves que hayan sufrido siniestro o accidente. La investigación deberá iniciarse dentro de las 12 horas siguientes al conocimiento del siniestro o accidente o al arribo de la embarcación a puerto colombiano, o la presentación de la respectiva protesta.

El artículo 47 dispone que todos los declarantes, peritos o intérpretes, serán juramentados de acuerdo con las formalidades del Código de Procedimiento Penal.

El 48 remite a las normas del Título XIII del Código de Procedimiento Civil lo atinente a las pruebas.

El artículo 50 dice que "la investigación deberá completarse en un término de 8 días prorrogables por un término de otros 8 días a juicio del Tribunal de Capitanes. Una vez terminada la investigación, el Capitán de Puerto la declarará cerrada".

El artículo 51 prescribe el término dentro del cual el Capitán de Puerto debe dictar el fallo de primer grado, disponiendo el 52 que ese fallo debe ponerse en conocimiento de las partes interesadas por medio de la notificación personal.

El 53 expresa que el fallo debe dictarse de acuerdo con el título XIV del Código de Procedimiento Civil, disponiendo el parágrafo del mismo artículo que en caso de que uno de los Capitanes de las naves en siniestro se declare responsable de él, el Tribunal de Capitanes elaborará un concepto dentro del término fijado, e inmediatamente el capitán de Puerto entrará a dictar el fallo.

El 60 prescribe que todo fallo de primer grado deberá ser consultado al Director General Marítimo y Portuario, cuando no se haya interpuesto el recurso de apelación.

El 62 dice que la sentencia se notificará personalmente a las partes.

El 64, que tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda, puede aclararse o corregirse y adicionarse en los casos y términos que establece el título XIV, Capítulo III del Procedimiento Civil.

El 70 dispone que las expensas o costas del proceso se regirán por lo dispuesto en los Títulos (sic) XIX y XX del Código de Procedimiento Civil.

Son pues funciones estrictamente jurisdiccionales las que cumplen las Capitanías de Puerto y la Dirección General Marítima y Portuaria en eventos como el que ocupa la atención de la Sala, y verdaderas sentencias, no solamente por su forma sino por su contenido, las que ellos expiden en tales casos, en forma tal que los términos empleados por el Decreto 2349 de 1971 no pueden prestarse a equívocos. Como providencias de fondo que son las que profieren esas autoridades ponen fin a un proceso, teniendo por lo mismo vocación para hacer tránsito a cosa juzgada, más aún tratándose de la definición a ese nivel de controversias entre particulares como ocurre en el caso

de autos, donde aparecen enfrentados el Capitán del Remolcador "Gatún" Abimelet Otero Estupiñán y solidariamente su armador Silverio Minervini Spaccavento con la empresa "SERVICIOS DE BOTES MARITIMOS SERMAR LTDA" y "DOW COLOMBIANA S.A.".

Obviamente que las autoridades marítimas y portuarias ejercen actividades propiamente administrativas en sus funciones de control y vigilancia de la actividad marítima, pero fuera de ellas como con toda nitidez se establece en el Decreto 2349 de 1971, cumplen funciones jurisdiccionales a través de procedimientos y actuaciones que, como bien lo expresa el señor apoderado de las sociedades "DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A." y "DOW COLOMBIANA S.A.", no pueden mutarse administrativas por interpretación jurisprudencial.

El artículo 82 del C.C.A., en su último inciso sustrae de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el juzgamiento de las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil. Y en el caso presente conforme la normatividad del Decreto Ley 2349 de 1971 que aquí se ha mencionado, puede afirmarse que la actividad marítima y portuaria cumplida en el caso dió origen al presente proceso, tiene las características de un juicio policivo civil, no pudiendo por lo mismo asimilarse los actos acusados a los actos administrativos unilaterales, puesto que a través de ellos se ha definido una controversia civil, o comercial, entre particulares.

Ahora bien, el mismo Código Contencioso Administrativo, en el numeral 5º de su artículo 128 atribuyó al Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo y en única instancia el conocimiento de los procesos"...relativos a la navegación marítima, fluvial o aérea, en que se ventiles (sic) *cuestiones de derecho administrativo"* (se subraya).

Esta Corporación se ha ocupado ya del examen de asuntos como el presente y así vemos como en sentencia del 8 de junio de 1976, consignó las siguientes razones para sostener que las controversias sobre siniestros marítimos, determinación de la responsabilidad y condena a la respectiva indemnización de los daños, escapa a su competencia:

""a) Desde la Ley 79 de 1931 hasta el Decreto 2349 y el nuevo Código de Comercio, las actividades marítimas han estado sometidas, por su especialísima naturaleza y la apremiante necesidad de un fallo rápido mediante procedimientos breves y sumarios, a la "autoridad marítima", capitán de Puerto, algunas veces llamado "Capitán del Resguardo", como Juez de primer grado, y al "Tribunal Distrital de Aduanas", luego "Dirección de Marina Mercante Colombiana" y hoy "Dirección General Marítima y Portuaria", como juez de segunda instancia;

""b) Disponía el numeral 2° del artículo 36 del antiguo Código de Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931) al determinar la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia:

""2° "De las causas o juicios relativos a la navegación marítima o fluvial en que no se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo, ni provengan de actos reglamentados por el Código de Comercio".

""Y, concordante con tal disposición, manda el artículo 34 del Código Administrativo en su ordinal 3°, al regular la competencia privativa y en única instancia, del Consejo de Estado: "De los asuntos relativos a la navegación marítima o fluvial de los ríos navegables, en que se ventiles (sic) cuestiones de mero derecho administrativo, en cuanto sea competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia" (art. 36, numeral 2°, del Código Judicial).

""Por lo que, el Consejo de Estado conocía de los asuntos relativos a la navegación marítima "en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo" y no sean de competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, y esta corporación conocía de las mismas controversias, en cuanto no fuera de mero derecho administrativo" ni provengan de actos reglamentados por el Código de Comercio" y es sabido que los accidentes y siniestros en la navegación marítima han estado reglados por el Código de Comercio Marítimo (Ley 57 de 1887) y hoy por el Código de Comercio que abarca tanto el comercio terrestre como el marítimo y fluvial, por lo que se impone la conclusión de que materias como la que constituye el asunto en estudio, nunca han sido de competencia ni de la Corte Suprema de Justicia, ni del Consejo de Estado, sino como se dejó visto, de una jurisdicción especial a cargo de la ""Autoridad marítima"".

""d) ...a partir de la vigencia del nuevo Código de Comercio (arts. 1429 y 1431) y Decreto Ley 2349 de 1971, ya examinados, no queda duda de que dicha competencia está atribuida a la "autoridad marítima" y no a la Jurisdicción Contencioso Administrativa;

""e) Por último, porque dada la especial naturaleza de los accidentes y siniestros marítimos y la variedad de sujetos de derecho que intervienen o pueden intervenir en tales hechos, la diversidad de competencias o de fueros, dividirá la continencia de la causa y demeritaría, hasta hacerla nugatoria, la autoridad de la cosa juzgada, ante la posibilidad de fallos contradictorios sobre un mismo siniestro o accidente". (Anales 449 y 450, pp. 437 y ss).

Y la misma Corte Suprema de Justicia se ocupó de la materia y en sentencia del 29 de marzo de 1982 al decidir sobre la exequibilidad del Decreto Ley 2349 de 1971, hizo entre otros razonamientos, los siguientes:

""A la Dirección General Marítima y Portuaria se le determina una estructura administrativa, y se le otorga competencia, entre otras cosas, para conocer de los accidentes que ocurran en los puertos con motivo de operaciones navales. Bueno es advertir que esa competencia ya existía en la antigua Dirección de Marina Mercante Colombiana, entidad a la cual vino a sustituir la Dirección General Marítima y Portuaria. Es ésta una función típicamente policiva, no militar, y específicamente destinada a controlar el movimiento de las naves en los puertos y esclarecer los accidentes que en tal movimiento se puedan producir".

""Se trata, pues, en esencia, de funciones policivas que han dado a la Dirección General Marítima y Portuaria, como organismo del Ministerio de Defensa. Las normas correspondientes, objeto de acusación, ostentan esa naturaleza jurí-dica en razón de su materia y su objetivo, el cual, tal como lo indica el Decreto Extraordinario, es fundamentalmente de investigación de accidentes o siniestros marítimos de naves y artefactos navales".

""La competencia conferida a la Dirección General marítima y Portuaria para conocer de los accidentes marítimos con fines investigativos, es condición esencial para el ejercicio de las funciones aludidas, pero además implica jurisdicción".

""Lo que importa distinguir con precisión es que, de acuerdo con los objetivos señalados por el Decreto Ley, y con la materia misma de las normas pertinentes, el objeto de la investigación y su proceso es el accidente o siniestro marítimo de naves y artefactos navales, entendiendo por tales los definidos por los tratados, convenios y la costumbre internacional o nacional, según lo exige el artículo 38. Los hechos que la investigación debe cubrir están señalados de manera taxativa en el artículo 49. Comprenden todas aquellas circunstancias en las cuales se produjo el accidente o siniestro, y que deben conocerse para deducir sus causas materiales; y se llega hasta el avalúo de los daños ocurridos. Se tiene entonces, que la investigación versa sobre el accidente o siniestro en sí mismo, como hecho material y como efecto de causas determinantes. Tal es el objeto de esas investigaciones, como debe serlo siempre en este tipo de averiguaciones de carácter policivo. La conclusión no podrá que la de concretar todas las circunstancias del hecho investigado y precisar a sus causantes. El avalúo de los daños es la necesaria consecuencia de la investigación, y la indemnización correspondiente se desprende directamente del concepto y el valor de los perjuicios sufridos por la víctima del accidente investigado. El asunto deja de ser materia de la jurisdicción de policía, para convertirse en cuestión estrictamente judicial cuando haya lugar a otras investigaciones y decisiones por hechos diferentes a los señalados en la ley como objeto de investigación por parte de la Dirección General Marítima y Portuaria. Tal es el caso de la condena a indemnizar perjuicios y de la correspondiente liquidación. La policía administrativa colabora así con la adminis-

tración de justicia, con lo cual se satisface la exigencia del art. 55 de la Constitución. Que ello ocurra de tal manera lo garantiza el art. 55 del decreto que se analiza: """"En los casos en que resulten hechos que deban ser investigados por jurisdicción ordinaria o especial se compulsará copia de lo actuado al juzgado de reparto correspondiente"""".

Por último, es cierto que esta Sección en providencia del 13 de diciembre de 1983 afirmó su competencia para decidir demandas contra decisiones de la Capitanía de Puerto de Cartagena y de la Dirección General Marítima y Portuaria confirmatoria de la misma. Pero un reexamen de la cuestión como aquí se ha hecho, frente al Decreto Ley 2349 de 1971 y la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia y de esta misma Corporación sobre el particular, permite arribar una posición diferente".

## EL RECURSO DE SUPLICA

Lo sustenta la Sociedad actora así en aras de obtener la revocación del auto suplicado:

a) Se solicita se dé aplicación a la excepción de inconstitucionalidad ya que el planteamiento que sirvió de sustento a la providencia suplicada viola lo establecido en los artículos 55 y 58 de la Constitución Política. En efecto, conforme al artículo 55 las ramas del poder público ejercen sus funciones en Colombia de manera separada y según el artículo 58 corresponde la administración de justicia de manera exclusiva a la rama jurisdiccional, la H. Corte Suprema de Justicia en providencia de 29 de marzo de 1982 y 31 de mayo de 1984 se ha pronunciado al respecto. En el mismo sentido se ha pronunciado respecto de facultades de la Superintendencia de Sociedades para intervenir en procesos concordatarios.

b) La evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado se orienta hacia no dejar actos sin control Jurisdiccional Contencioso Administrativo; tal es el caso del auto admisorio de la demanda contra el acto de entrega de los monjes.

c) Las acciones policivas de naturaleza civil, argumento en que se basa la providencia suplicada, se encuentra expresamente definidas en el Código Civil, cuales son los amparos posesorios. La ley no le ha dado al proceso del presente caso el carácter de policivo.

"Finalmente, no se encuentran fundamentos lógicos a la providencia aquí recurrida para cambiar la jurisprudencia contenida en la sentencia de 13 de diciembre de 1983, que en forma precisa definió el problema aquí planteado y de manera particular, en relación con el procedimiento para llegar a la decisión definitiva, en esa oportunidad dijo el H. Consejo, que no podría la autoridad administrativa valiéndose de la calidad de función judicial que asumía tomar determinaciones en forma arbitraria, pues sigue siendo una

autoridad administrativa y en tal sentido debe observar las normas de procedimiento que se señale, normas que como se sabe son de orden público.

"En el presente proceso, la acción impetrada, tenía como fundamento principal, la violación de elementales normas constitucionales como son las del derecho de defensa y las del debido proceso, lo mismo que la violación del procedimiento establecido en el Decreto 2349 de 1971.

De otra parte, téngase en cuenta, que circunscribiéndonos exclusivamente, al procedimiento para la expedición de los actos demandados se tiene que éste necesariamente es administrativo, habida consideración de la naturaleza jurídica de la entidad, de las funciones a ella asignadas y de la forma en que las debe cumplir. Al respecto se pronunció la H. Corte en sentencia de 29 de marzo de 1982".

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Considera ésta que el auto suplicado debe confirmarse y para ello expone las siguientes razones:

a) El artículo 82 último inciso del C.C.A., sustrae de la Jurisdicción Contencioso Administrativa "las providencias dictadas en juicios de carácter penal o civil".

En el evento *sub-lite* se presenta el caso de una controversia civil de índole jurisdiccional en que se encuentran enfrentados intereses particulares con ocasión del siniestro o accidente marítimo ocurrido al bote Sermar IV de propiedad de la Sociedad Sermar Ltda, demandante en el presente proceso y su armadora, cuando transportaba en virtud del contrato celebrado con la Sociedad Dow Química de Colombia S.A., 335 toneladas de la sustancia química denominada Tipa IV desde la motonave DT-Ventura fondeada en la Bahía de Cartagena hasta el muelle de la mencionada empresa Dow Química. Dicho siniestro consistió en el hundimiento del referido bote ya cargado con la mercancía aludida y tuvo como consecuencia la pérdida de ésta.

La Sociedad Selmar Ltda., utilizó para el transporte del producto el remolcador Gatún y el antes mencionado bote Selmar IV y ambos artefactos marinos estuvieron bajo el mando del capitán Abimelet Otero Estupiñán. Tal remolcador era de propiedad de la Sociedad Retramar.

En relación con dicho accidente las autoridades marítimas procedieron así: El capitán del Puerto de Cartagena y el Director General Marítimo y Portuario en atención a las funciones que respecto de la investigación de responsabilidades en materia de accidentes marítimos les asigna el Decreto 2349 de 1971 declararon

la responsabilidad del ya citado Abimelet Otero, capitán del remolcador Gatún por el hundimiento del bote Sermar IV y solidariamente al armador del primero en el grado de culpa.

La primera Resolución del 17 de abril de 1984 fue objeto del recurso de apelación por el propietario y armador del bote Sermar IV, la Sociedad Sermar Ltda, el cual fue resuelto en el sentido de confirmar aquella mediante la Resolución de 21 de diciembre de 1984.

Existe todo un procedimiento para la investigación por accidentes o siniestros marítimos de naves y artefactos navales a cargo del capitán del Puerto en primer grado y el Director General Marítimo y Portuario en segundo grado en el Decreto 2349 de 1971, artículos 44 a 74, que en resumen se sintetiza así: todo accidente o siniestro marítimo debe ser investigado por la Capitanía de Puerto respectiva, de oficio o mediante protesta presentada por el capitán o capitanes de las naves que hayan sufrido el siniestro o accidente. Dicho capitán de Puerto dentro de las doce (12) horas siguientes iniciará la investigación mediante expedición de un acto y designará el Tribunal de Capitanes y las pruebas que deban practicarse.

Los declarantes, peritos e intérpretes serán juramentados según las formalidades del Código de Procedimiento Penal. Las pruebas se practicarán en audiencia de conformidad con lo dispuesto en el título XIII del Código de Procedimiento Civil, se apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica y también podrán decretarse de oficio.

En la etapa instructiva deberán tenerse en cuenta distintos aspectos y elementos como: el lugar y hora del accidente o siniestro, visibilidad, condiciones del tiempo y del mar, estado del buque y equipos, libro de bitácora o navegación, certificado de matrícula patente de navegación; levantamiento de un croquis sobre la carta de navegación del lugar del accidente o siniestro y en relación con el tiempo, posición, rumbo, etc. La investigación se completará en un término de ocho (8) días y el Tribunal de Capitanes cerrada aquella elaborará un concepto sobre la misma para el Capitán de Puerto quien dictará el fallo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de conformidad con las reglas del Título XIV del Código de Procedimiento Civil. El fallo de primer grado se pondrá en conocimiento de las partes interesadas por medio de notificación personal y subsidiariamente por edicto. Contra las providencias del Capitán de Puerto existen los recursos de reposición y apelación. Todo fallo de primer grado debe consultarse al Director General Marítimo y Portuario cuando no se haya interpuesto apelación. La sentencia de primera y segunda instancia podrán aclararse,. corregirse o adicionarse siguiendo la forma indicada en el Código de Procedimiento Civil. La sentencia de segunda instancia se remitirá a la Capitanía de Puerto respectiva

para su cumplimiento y archivo. Se prevé también un procedimiento especial en tratándose de investigaciones por parte de capitanes de Puerto que no sean de primera categoría que sólo tiene función instructora, las cuales serán cerradas y falladas por Capitanes de Puerto de esa categoría (arts. 66 a 69).

Como organismo asesor de las investigaciones a que anteriormente se ha hecho referencia *in extenso*, está el Tribunal de Capitanes de cada uno de los puertos de primera categoría, el cual no será indispensable en tratándose de accidentes o siniestros menores a juicio del Capitán de Puerto.

Es incuestionable que la Administración despliega en el evento *sub-lite* una actividad eminentemente jurisdiccional y no administrativa, ya que ésta se distingue por satisfacer intereses propios de la administración y en cambio aquella por naturaleza soluciona intereses concretos de terceros. Que es lo que sucede en el caso litigioso. Los funcionarios marítimos de que se ha dado cuenta cuando intervienen en la investigación tendiente a establecer la responsabilidad en un accidente de naves y artefactos marítimos definen, como lo hace un juez y como lo hicieron ahora, a quién se le puede atribuir la autoría o si ésta es de varios o compartida. Entonces no cumple el administrador un cometido inherente a su función propia de prestar un servicio público o evacuar una necesidad de la comunidad, sino que, como se ha dicho, dirime una contención de carácter privado imputando la responsabilidad del siniestro a quien correspondiere. En condiciones tales su quehacer es jurisdiccional.

Al respecto el profesor Devis Echandía expresa sobre el tema:

> "El concepto de Hugo Rocco se aproxima al de Carnelutti cuando dice que si el Estado, dentro de los límites que el derecho le fija persigue su interés, desarrolla una actividad administrativa, al paso que cuando interviene para la satisfacción de intereses que no son suyos, sino de particulares y otras actividades que por sí mismas no pueden lograrlo, existe jurisdicción; que administrar es cuidar intereses propios y perseguir fines directos y hacer justicia es intervenir en el interés de otros y perseguir un fin indirecto". (Teoría del Proceso. 1985. p. 110).

b) A la razón anterior de falta de jurisdicción esta justicia para conocer del evento *sub-lite* debe agregarse que la competencia asignada al Consejo de Estado en única instancia relativa a asuntos de navegación marítima, fluvial o aérea se contrae a aquellos en "que se ventilen cuestiones de derecho administrativo" (art. 128-5 del C.C.A). Y como se ha dejado establecido la presente es una controversia de estricto derecho privado.

c) La presente decisión no se aparta de la de 13 de diciembre de 1983 porque en ésta se estima jurisdiccional la actuación de la Dirección General Marítima y

Portuaria en los casos, como el que en esta providencia se analizan, mas sí se separa de ella en cuanto a que simultáneamente la tenía como administrativa en relación con los procedimientos que debía observar para llegar al fallo (Offshore Logistic Inc, 3834).

En este último aspecto se quebranta el principio lógico de contradicción que se funda en el correspondiente principio ontológico que dice: "ningún objeto puede ser al mismo tiempo P y no P".

d) La cita que el suplicante hace del caso de los Monjes para reafirmar la apertura de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado hacia el juzgamiento de toda la actuación de la administración no es procedente ya que lo que allí se hizo, con providencia del presente Consejero Ponente, fue acatar la decisión de inexequibilidad de la H. Corte Suprema de Justicia del inciso $2^{o}$ del artículo 82 del C.C. (Decreto 01 de 1984) en cuanto a la limitación que se le imponía a la justicia administrativa de juzgar actos políticos o de gobierno únicamente por vicios de forma (25 de marzo de 1988; 325).

e) Esta corporación ha venido considerando que la actuación de la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso concordato obligatorio de los comerciantes es de naturaleza jurisdiccional y no administrativa. (Luis Fernando García Cerón, 1023).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado decide confirmar el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue considerada y aprobada en sesión de 31 de enero de 1980.

*Simón Rodríguez Rodríguez*, *Guillermo Benavides Melo*, Ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

**IMPORTACION TEMPORAL DE MERCANCIAS/ REGIMEN ADUANERO/ POTESTAD REGLAMENTARIA** - Exceso

**El Decreto 2377 de 1986 (julio 28) con la expresión demandada "para los casos de permanencia vencida" que consagra en su artículo 3°., literal a) deroga la conducta punible contemplada en la L. 21/77, y como tal mandato escapa al poder reglamentario del Gobierno Nacional por cuanto ninguna ley le otorga dicha facultad, resulta obvio, en consecuencia, que la mencionada expresión viola lo dispuesto en normas constitucionales y legales. Además, con la expedición del nuevo Estatuto Penal Aduanero se derogó expresamente la Ley 21/77, de suerte que también bajo el imperio de los artículos 26, 27 y 28 del Nuevo Estatuto Penal Aduanero el acto materia de la demanda acusa abierta transgresión de tales ordenamientos legales.**

*DECLARASE LA NULIDAD de la expresión "...para los casos de permanencia vencida..." que trae el literal a) del artículo 3°., del Decreto No. 2377 de julio 28 de 1986.*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., trece (13) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente No. 530. Actor: Luis Marino Duque Gómez.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, decide en fallo de mérito de su Sección Primera el proceso bajo referencia.

## ANTECEDENTES:

En su propio nombre y en ejercicio de la acción pública establecida en el artículo 84 del C.C.A., el ciudadano Luis Marino Duque Gómez solicita la declaratoria de nulidad de una parte del artículo 3° del Decreto número 2377 de 28 de julio de 1986. Aunque se les notificó personalmente el auto admisorio de la demanda, no tuvieron intervención en el proceso ni el Secretario General de la Presidencia de la República, ni el Director General de Aduanas. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República remitió, como "únicos antecedentes administrativos" del Decreto 2377 de 1986 la "Exposición de motivos del decreto por medio del cual se autoriza a la Dirección General de Aduanas para programar importaciones temporales para obras públicas y otras de interés especial para todo el país", los cuales obran a folios 43 a 45.

Por haber sido decretada como prueba de la actora, se trajo a autos de la Dirección General de Aduanas una relación de importaciones temporales "que se encontraban vencidas a la fecha de iniciación de la vigencia del Decreto 2377 de 1986" (V. fls. 69 y 70), lo mismo que copias de las resoluciones "en las cuales se señala la fecha de vencimiento" (V. fls. 50 a 68). Adelante se aludirá al concepto de fondo emitido por el Fiscal de la Corporación. Ni hubo impugnador en el proceso, ni se presentaron alegatos de conclusión.

## EL ACTO ACUSADO:

El actor impetra la declaratoria de nulidad únicamente de la expresión que aparece a continuación destacada del literal a) del artículo 3° del Decreto 2377 de 1986, que dice:

> "ARTICULO 3°. **Términos**. La importación temporal de las mercancías a que se refiere el artículo 1° de este Decreto podrá ser prorrogado por el Director General de Aduanas cuando considere que ésta es conveniente y necesaria para el desarrollo socio-económico del país, y para su prórroga sólo bastará la demostración de esas circunstancias y sus objetivos, debiendo atender sólo el lleno de los siguientes requisitos:
>
> a) Que la solicitud de prórroga se haga dentro de los treinta (30) días siguientes, contados a partir de la fecha de publicación de este Decreto, **para los casos de permanencia vencida** o para aquellos casos que les falte menos de un (1) mes para vencerse; (...)".

## RAZONES DE LA DEMANDA:

El acusador hace una síntesis de los antecedentes legales sobre **importación temporal de mercaderías**, citando la Ley 79 de 1931, art. 269, los Decretos 1786 de 1965, 688 de 1967, art. 23, y 2666 de 1984, arts. 214 y ss., y los reglamentos generales de aduanas números 108, 125, 145, 233 y 262. Mediante la Ley 21 de 1977, junto con los Decretos-leyes 955 de 1970 y 520 de 1971, se integró el Estatuto Penal Aduanero.

Como normas superiores violadas por el acto acusado, expresa: Este quebranta el artículo 76-19 de la Constitución Nacional, porque el Presidente de la República no está autorizado para establecer la "especie de amnistía" que envuelve la expresión acusada y en tal forma borrar el tipo delictual de contrabando de segundo grado en que, antes de la expedición del acto administrativo atacado, incurrían los importadores temporales de mercancías "con plazo vencido", frente al artículo 6°, numeral 3) de la Ley 21 de 1977 (Estatuto Penal Aduanero), que sanciona con prisión de uno a cinco años a quien "tenga, posea u oculte mercancía admitida temporalmente, vencido el plazo de permanencia en el país". Por ende, el acto acusado también transgrede al Estatuto Penal Aduanero, lo mismo que el artículo 8° del Código Penal, que establece el principio de "igualdad ante la ley" y el artículo 20 de la Constitución Nacional, que no autoriza al Presidente para "despenalizar conductas que el Código Penal Aduanero considera punibles".

Tan ostensible es la violación de normas superiores por el acto acusado, dice el actor en su demanda, que se impone y así pide, decretar la suspensión provisional del giro o expresión atacada. Como se verá adelante, la Corporación accedió a decretar la medida cautelar impetrada.

## EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

En su vista fiscal de fondo de colaborador del Ministerio Público (fls. 76 a 80) solicita decretar la nulidad del acto administrativo acusado, para lo cual se apoya en la providencia de fecha 31 de marzo de 1987, mediante la cual el Consejero conductor del proceso decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, providencia que transcribe en su concepto el Fiscal Primero de la Corporación. Expresa el Fiscal que a su juicio y "sin necesidad de ningún otro argumento adicional, ya que los consignados (en el auto de suspensión provisoria) son claros y precisos, asiste razón al demandante en su pretensión anulatoria, máxime cuando la providencia de 31 de marzo de 1987 no fue objeto de ningún recurso o comentario por parte de la Nación, quien en el presente caso estaba representada por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia (de la República) y el señor Director General de Aduanas, a quienes se les notificó (personalmente) la demanda y la suspensión

provisional. Dichos funcionarios en ningún momento confirieron poder a algún representante para que representara y saliera en defensa de la Nación".

## CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO:

El Decreto 2377 de 1986 al cual pertenece la expresión materia de la pretensión anulatoria del actor, fue proferido por el Presidente de la República con las firmas de sus Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Económico, de Obras Públicas y Transporte y de Minas y Energía y de los Jefes de los Departamentos Administrativos de Planeación y de Aeronáutica Civil, mediante el cual "se autorizan prórrogas para importaciones temporales". Tal Decreto tiene el siguiente encabezamiento: "El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales, en especial de las que le confiere el numeral 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional y con sujeción a las pautas generales previstas en el artículo 3° de la Ley 6a. de 1971 y en la Ley 49 de 1981...".

A su turno el numeral 22 del canon 120 de la Constitución Política atribuye al Presidente de la República, como Jefe del Estado y Suprema autoridad administrativa, la facultad de "... regular el cambio internacional y el comercio exterior y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76". Por su parte, este precepto constitucional 76-22 determina que corresponde al Congreso Nacional hacer las leyes y por medio de ellas "...modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

El artículo 3° de la Ley 6a. de 1971 preceptúa que "las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, el esquema del Código Aduanero Uniforme acordado para la ALAC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente, y en especial la Ley 79 de 1931".

Y mediante la Ley 49 de 1981 el Congreso Nacional aprobó el "Protocolo de Adhesión de Colombia al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio" firmado en Ginebra el 28 de noviembre de 1979, lo mismo que el "Acuerdo sobre Aranceles y Comercio" firmado en Ginebra el 30 de octubre de 1947 (arts. 1° y 2°).

De consiguiente, siguiendo las pautas establecidas en el artículo 83 del C.C.A., vigente cuando se presentó la demanda y hasta el pasado 7 de octubre/89,

lo mismo que los lineamientos jurisprudenciales de la Corporación sobre el particular, se tiene que el acusado es un acto administrativo del orden nacional y de carácter general, sobre el cual tiene competencia en única instancia el Consejo de Estado para su juzgamiento.

Salvo en lo atinente al cambio, por nueva legislación, del Estatuto Penal Aduanero, que adelante se verá, como en todo lo demás no ha ocurrido variación alguna respecto de las circunstancias existentes desde el momento de presentación de la demanda que dió origen a este proceso, la Sala acoge los razonamientos que también acoge y reproduce el Fiscal de la Corporación en su vista de fondo, según se anotó.

Dijo el Consejo de Estado:

"El Gobierno Nacional, en uso de facultades extraordinarias, expidió el Decreto 688 de 1967 (abril 20), el cual dispuso en su artículo 23:

"Podrán traerse temporalmente al país, previa obtención de una licencia transitoria no reembolsable, sin el pago de ninguna clase de derechos, pero con garantía que asegure su reexportación, las maquinarias y equipos necesarios para adelantar obras públicas u otras similares de especial importancia para el desarrollo económico y social".

"Agrega el demandante que la disposición anteriormente transcrita quedó consignada, con el mismo tenor, en el artículo 220 del Decreto 2666 de 1984, y que, antes, la Ley 21 de 1977 tipificó en su artífulo 6°., numeal 3°., como conducta punible, sancionable con prisión y multa a quien "tenga, posea y oculte mercancía admitida temporalmente, vencido el plazo de permanencia en el país".

"El Decreto 2377 de 1986, a través de su artículo 1°., reitera la facultad de importar temporalmente "maquinaria y equipos necesarios para adelantar obras públicas u otras actividades de especial importancia para el desarrollo económico y social del país", y en su artículo 3° dispone lo siguiente:

"La importación temporal de la mercancía a que se refiere el artículo 1° de este decreto podrá ser prorrogada por el Director General de Aduanas cuando considere que ésta es conveniente y necesaria para el desarrollo socio-económico del país y para su prórroga sólo bastará la demostración de esas circunstancias, debiendo atender sólo el lleno de los siguientes requisitos:

"a) Que la solicitud de prórroga se haga dentro de los treinta (30) días siguientes contados a partir de la fecha de la publicación de este decreto **para los casos de permanencia vencida**, o para aquellos casos que les falta un mes para vencerse". ( Se subraya en la demanda).

"Afirma el demandante que a la fecha de expedición del Decreto 2377 de 1986 había numerosos importadores que estaban poseyendo mercancías importadas temporalmente con plazo de permanencia vencido y, agrega, que la norma demandada produce una especie de amnistía "para quienes, habiendo incumplido la obligación de reexportar sus mercancías, estaban incursos en la conducta delictiva denominada contrabando de segundo grado", circunstancia esta manifiestamente violatoria del artículo 76, numeral 19, de la Constitución Nacional y, además, el artículo 20 *ibídem* por cuanto las Leyes 6a., de 1977 y 49 de 1981, cuadros de aduanas y de comercio exterior, respectivamente, no facultan al Presidente de la República para disponer la despenalización de dichas conductas. Y, por otra parte, aduce el demandante, el decreto cuya expresión se pide suspender, y anular posteriormente, es violatorio del artículo 8º, del Código Penal que consagra el principio de la "igualdad ante la ley", por cuanto la posibilidad de prórroga para la permanencia de mercancías en territorio colombiano sólo cobija 'a quienes habían importado maquinaria y además equipos para obras públicas dejando por fuera de este beneficio a los demás importadores de otras mercancías, lo mismo que a quienes tenían procesos penales en curso por haber incumplido la obligación de reexportar".

"En efecto, se observa *prima facie* que el Decreto 2377 de 1986 (julio 28) con la expresión demandada "...para los casos de permanencia vencida..." que consagra en su artículo 3º., literal a) deroga la conducta punible contemplada en la Ley 21 de 1977, y como tal mandato escapa al poder reglamentario del Gobierno Nacional por cuanto ninguna ley le otorga dicha facultad, resulta obvio, en consecuencia, que la mencionada expresión viola lo dispuesto en las normas constitucionales y legales anteriormente citadas".

A lo anterior ha de agregarse lo siguiente, que en nada varía lo transcrito del proveído que adoptó la medida precautelativa:

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 2º., de la Ley 52 de 1984, el Presidente de la República profirió el Decreto Ley número 0051 de 13 de enero de 1987, mediante el cual expidió el nuevo Estatuto Penal Aduanero, que se encuentra vigente desde el 1º de julio de 1987, de conformidad con lo que dispone su artículo 86.

Dicho estatuto derogó expresamente a los Decretos Leyes 955 de 1970 y 520 de 1971 y la Ley 21 de 1977, según lo dispuso su artículo 85.

La ilegalidad –y la consecuente inconstitucionalidad– del acto acusado que originó la medida precautelativa de suspensión provisoria a que se viene haciendo referencia, obedeció a que en la práctica mediante aquel acto se dejaba sin efecto el reato tipificado de contrabando de segundo grado que estableció el literal a)

del numeral 3) del artículo 6° de la Ley 21 de 1977, sobre mercaderías importadas en forma temporal. Pues bien: hemos visto que este precepto 6° de la Ley 21 de 1977 quedó sin vigencia al ser derogada dicha Ley 21/77 de modo expreso por el artículo 85 del nuevo Estatuto Penal de Aduanas. Pero, no obstante, sobre el particular este Estatuto (Decreto Ley 0051 de 1987), *mutatis mutandis*, en sus artículos 26, 27 y 28, respectivamente, preserva la categoría delictual y establece dos contravenciones penales, respecto de quien ponga en circulación mercancías importadas temporalmente para reexportación o para perfeccionamiento activo, o destine mercancías de consumo restringido a sitios, personas o fines diversos de los autorizados, o quien posea mercancía importada temporalmente después de vencido el plazo de permanencia en el país.

El Libro Segundo Título III, Capítulo Primero ("Delitos") de dicho Estatuto Penal Aduanero, adoptado por el Decreto Ley 0051/87, establece en su artículo 26 el delito de "Contrabando de mercancía de circulación restringida", así:

"ARTICULO 26.- **contrabando de mercancía de circulación restringida**.- El que, sin permiso de autoridad competente, ponga en libre circulación mercancía importada temporalmente para reexportación en el mismo estado o para perfeccionamiento activo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cinco (5) años".

A su turno, el Capítulo Segundo ("Contravenciones"), de los mismos Título III del Libro Segundo del mentado Estatuto Penal Aduanero, establece estas dos contravenciones tipificadas en sus arts. 27 y 28, así:

"ARTICULO 27.- **Cambio de destinación**.- El que destine mercancía despachada para consumo restringido a lugares, personas o fines distintos a los autorizados, incurrirá en multa de cinco a un mil gramos oro".

"ARTICULO 28.- **Tenencia o posesión extemporáneas**.- El que tenga o posea mercancía importada temporalmente, vencido el plazo de permanencia en el país, incurrirá en multa de cinco a un mil gramos oro".

De suerte, pues, que también bajo el imperio de las disposiciones del Nuevo Estatuto Penal Aduanero acabadas de transcribir, el acto materia de la demanda en referencia acusa abierta transgresión de tales ordenamientos legales, por lo cual será declarada su nulidad.

## DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en acuerdo con el Fiscal Primero de la

Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

Declárase la nulidad de la expresión "... para los casos de permanencia vencida..." que trae el literal a) del artículo 3º del Decreto número 2377 del 28 de julio de 1986, de que trata la parte motiva.

Comuníquese esta decisión, con envío de copia del fallo, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y a la Dirección General de Aduanas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha doce (12) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

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

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL** - Funciones/ **CONTRALOR DEPARTAMENTAL/ CONTRALORIA DEPARTAMENTAL**

**Conforme a lo preceptuado en norma constitucional corresponde a las Asambleas por medio de ordenanzas organizar la Contraloría Departamental y elegir contralor. Los verbos rectores de esta norma son "organizar " y "elegir", reservándose éste último exclusivamente para el funcionario llamado "contralor". Existe en consecuencia flagrante violación de norma superior cuando por ordenanza se dispone la competencia de la asamblea para elegir funcionarios de la contraloría, distintos del Contralor.**

*SUSPENDE PROVISIONALMENTE el artículo tercero (3°) de la Ordenanza No. 02 de octubre tres (3) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), emanada de la Asamblea del Departamento del Quindío.*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., trece (13) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente No. 1368. Apelación Interlocutorio. Actor: Luis Eduardo Gómez Gallego.

Por concesión del recurso de apelación, ha llegado a esta Corporación procedente del Tribunal Contencioso del Quindío, el auto proferido el 10 de noviembre de 1989 que negó la suspensión provisional en el proceso de la referencia. Por medio de esta providencia se entra a decidir la controversia objeto de la alzada.

## LA DEMANDA:

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., el ciudadano Luis Eduardo Gómez Gallego, actuando a nombre propio, instauró demanda de nulidad contra la Ordenanza número 002 del 3 de octubre de 1989 emanada de la Asamblea Departamental del Quindío, "por medio de la cual se reestructura administrativamente la planta de personal de la Contraloría Departamental, se crea la Auditoría Interna, se establece la elección de contralor auxiliar y se dictan otras disposiciones". Solicita además la demanda que se decrete la suspensión provisional de dicho acto administrativo, en forma de medida previa, en siete de sus disposiciones.

## EL AUTO APELADO:

Con fecha 10 de noviembre de 1989, el Tribunal Administrativo del Quindío, se pronunció negativamente sobre la suspensión provisional solicitada aduciendo: Que no se puede considerar como normas superiores violadas por las normas acusadas las del Código Fiscal del Quindío puesto que ambas disposiciones ostentan el mismo rango; que en las diversas oportunidades en que se habla de la violación del artículo 84 del C.C.A., "considera el Tribunal que esta disposición simplemente se limita a señalar los casos en que es viable el contencioso popular de anulación"; que "respecto a la violación del numeral 8º del artículo 187 de la C. Nal, observa la Corporación que en dicha norma se autoriza a las Asambleas para que, por medio de ordenanzas, elijan al Contralor Departamental, norma que hasta allí no dispone nada sobre el nombramiento o elección de los otros empleados"; que en cuanto a la predicada violación del artículo 250 del Decreto 1222 de 1986 "esta norma simplemente se limita a señalar un hecho como constitutivo de causal de mala conducta, que podría ser sancionable con destitución, lógicamente se deduce, previo el proceso disciplinario adelantado por la autoridad competente"; que en cuanto se refiere a los artículos 120 y 121 del Decreto 2407 de 1981, habría que hacer un análisis puesto que este decreto fue dictado en desarrollo de lo preceptuado en el artículo 8º del Decreto 294 de 1973, norma ésta que fue totalmente derogada por la Ley 38 de 1989".

La apelación fue debidamente sustentada y la Asesora Jurídica de la Gobernación del Quindío allegó también al expediente un escrito con juiciosas consideraciones.

## SE CONSIDERA:

En primer lugar, solicita el actor la suspensión provisional del artículo 2° de la Ordenanza número 002 del 3 de octubre de 1989, que crea la Auditoría Interna de la Contraloría General del Departamento del Quindío, señala su planta de personal y asignaciones civiles.

Para sustentar su petición, alega el libelista que las pruebas aportadas demuestran que no existe una disposición presupuestal para atender el pago del personal que conformaría la planta de dicha Auditoría y que por ese motivo se está violando el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo porque el acto fue expedido falsamente motivado. Para la Sala no existe duda de que, *contrario sensu* a la exigencia legal, lo que aparece claro *prima facie*, es la falta de congruencia entre los términos comparados por el actor puesto que si bien el artículo 84 dice que la acción de nulidad procede contra los actos administrativos que hayan sido expedidos mediante falsa motivación o "con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió", es obvio que la norma que se debe señalar como desobedecida o agredida sea aquella que consagre los motivos o señale las atribuciones propias de la corporación que produjo el acto. Señalada esa disconformidad, sería naturalmente aplicable la norma procedimental que tipifica la acción, esto es, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo siendo esto una lógica interpretación de la dicotomía que se establece en el numeral 4) del artículo 137 *ibídem* al prescribir que en la demanda se deben señalar, tanto los fundamentos de derecho como las normas violadas. El accionante, en el caso *sub-juris*, ha tomado los primeros por las segundas. Por ende, es improcedente la suspensión provisional del artículo 2° de la ordenanza cuestionada.

Implora también el demandante que se suspenda provisionalmente el artículo 3° de la misma ordenanza. Reza así su texto:

> "El Contralor Auxiliar y el Jefe de Auditoría Interna serán elegidos por la Asamblea Departamental del Quindío para un período de dos 2 ( ) (sic) años".

Se acusa en la demanda a esta disposición de violar el numeral 8° del artículo 187 de la Constitución Nacional así como el también numeral 8° del Decreto 1222 de 1986 que repite el texto constitucional:

> "(Corresponde a las asambleas por medio de ordenanzas:)
>
> "8° Organizar la Contraloría Departamental y elegir contralor para un período de dos años;"

El Tribunal *a-quo* dice al respecto que "Observa la Corporación que en dicha norma se autoriza a las Asambleas para que, por medio de Ordenanzas, elijan el Contralor Departamental, norma que hasta allí no dispone nada sobre el nombramiento o elección de los otros empleados de la Contraloría". Dando a entender que sí existe contradicción entre la norma constitucional y la disposición de la Asamblea del Quindío pero, paradójicamente, niega su suspensión. La profesional que actúa como Asesora Jurídica de la Gobernación al considerar que "La atribución de organización de la Contraloría no está limitada por la Constitución o las leyes", agrega que "No se ve como la H. Asamblea no pueda entrar a designar a quien reemplazará al Contralor en sus faltas temporales o absolutas". Y habla más adelante de "la reserva que se hace la asamblea para nombrar subcontralor y auditor interno". No manifiesta sin embargo, cuál es la norma que, de igual categoría a la constitucional, sí faculta a las asambleas para elegir otros funcionarios distintos al contralor ni en virtud de qué título esas corporaciones "se reservan" el derecho de violar la Constitución.

Para la Sala, resulta muy claro, como debe resultar para cualquier ciudadano, que los verbos rectores de la norma superior son "organizar" y "elegir", reservando este último exclusivamente para el funcionario llamado "Contralor". Es posible, como lo sugiere la citada profesional, que sea "necesario un estudio profundo para determinar si el numeral 8°, del artículo 187 de la C.N. agota la facultad fiscalizadora que le corresponde a la Asamblea y que la ejerce por intermedio de la Contraloría, valiéndose de la organización más acorde a las necesidades". Lo cierto es que dicho "estudio profundo" está por ahora fuera de los lineamientos trazados por la ley para la suspensión provisional que exige solamente para que ésta sea dada, que "basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma" y, en este caso, esa infracción aparece manifiesta. Ya tendrá el Tribunal de Primera Instancia la oportunidad de profundizar en los análisis que lo lleven a una decisión definitiva contraria o no a la apreciación de flagrante violación que la Sala ve en la disposición acusada y cuya suspensión, en consecuencia, será decretada.

Otro de los artículos cuya suspensión se solicita, es el 6°, por medio del cual se "señala procedimiento y competencia al H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Quindío en caso de que dos o más personas aleguen haber sido designados Contralor Auxiliar y Jefe de Auditoría Interna, respectivamente, para un mismo período".

Es de anotarse, que si bien la candorosa arrogancia de la Asamblea en mención no amerita mayores comentarios, lo cierto es que, no obstante violar el contenido del artículo sexto las disposiciones superiores consignadas en el Código Contencioso Administrativo que señalan la competencia del Tribunal de lo Con-

tencioso Administrativo y que son mencionadas por el peticionario, alega éste que lo que se viola palmariamente es el artículo 84 de la misma codificación, debiéndonos remitir, para confirmar la negativa de la suspensión a lo ya manifestado en relación con el artículo segundo. Cabe observar que la providencia apelada no hace mención en sus consideraciones a la solicitud de suspensión de este artículo sexto.

Se extiende también la petición de suspensión al artículo 13 de la Ordenanza 02 de 1989 cuyo texto es del siguiente tenor:

"Las asignaciones civiles de los empleados de la Auditoría Interna con la firma de su Secretario Administrativo" (sic).

Varias observaciones han de hacerse en este punto:

a) El extraño texto anterior es visible en el ejemplar de la Gaceta del Quindío que consta en el expediente a folio 17.

b) Siguiendo a este texto, se encuentra otro artículo 13 con un texto diverso.

c) El peticionario en la sustentación de su solicitud, que no es propiamente un modelo de organización expositivo puesto que ni están en orden las sustentaciones, ni hace diferencia ostensible con las de la demanda principal, invoca, otra vez, como norma violada el artículo 84 del C.C.A., y el Código Fiscal del Departamento del Quindío el cual, por una parte, no es norma superior a la atacada y, por otra parte, parece no ser ya el Código Fiscal vigente pues fue reemplazado, según manifestación de la abogada del Departamento, por el Decreto Ordenanzal 0601 del 13 de septiembre de 1989 (folio 107), el cual es anterior a la presentación de la demanda. No hay pues razones para modificar, tampoco en este punto el auto apelado.

En cuanto al artículo 20 que dispone que "si el Contralor General del Departamento no le dá cumplimiento a lo allí prescrito incurre en mala conducta sancionable con destitución", tenemos que no impone directamente la norma, a nuestro modo de ver, la sanción de destitución para el contralor que no señale un espacio para las dos instituciones creadas por la Asamblea ni se arroga ésta la facultad de hacerlo. Se limita a señalar tal actitud como una causal de mala conducta que podría ser sancionable con dicha pena dejando el campo abierto para que se interprete, como bien lo expresa el Tribunal *a-quo*, que a tal sanción se llegaría, "lógicamente se deduce, previo el proceso disciplinario adelantado por la autoridad competente" y en el artículo 250 dice cómo pueden ser removidos los contralores que ejerzan el cargo en propiedad, sin especificar las causales, indicando sí que pueden serlo por decisión de la

Procuraduría General de la Nación, lo que igualmente implica el trámite de un proceso disciplinario". No aparece pues la violación alegada.

Finalmente, el artículo 22 que "impone algunas prohibiciones a la Contraloría General del Departamento" no podría ser objeto de suspensión provisional como resultado de la presente demanda porque, si bien podrían admitirse para ser considerados los argumentos expuestos por el libelista, está mal planteado el extremo superior de comparación entre normas, por lo que, repetidamente, se ha dicho en este proveído sobre el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Con el texto de esa disposición, no se configura la violación de esta norma sustantiva.

Hace el Tribunal de primera instancia una pertinente manifestación respecto a la violación de los artículos 120 y 121 del Decreto 2407 de 1981 al expresar que "no puede percibirse, a simple vista y sin necesidad de análisis alguno, pues es de anotar que este decreto fue dictado en desarrollo de lo preceptuado en el artículo 8° del Decreto 294 de 1973, norma ésta última que fue totalmente derogada por la Ley 38/89, lo que haría indispensable un estudio detallado del asunto para concluir si por haberse derogado la norma en virtud de la cual se dictó el Decreto 2407, éste aún se encuentra vigente o no". En efecto, dicha Ley 38 expedida el 21 de abril de 1989, dice así en su artículo 95: "El presente estatuto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Decreto Extraordinario 294 de 1973", lo que da plena validez a la cautelosa advertencia del Tribunal, la que esta Sala acoge en su integridad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

**RESUELVE:**

Primero. **DECRETAR** la suspensión provisional del artículo tercero (3°) de la Ordenanza No. 02 de octubre 3 de 1989 emanada de la Asamblea del Departamento del Quindío.

Segundo. **CONFIRMAR** en todo lo demás el auto del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Quindío, de fecha 10 de noviembre de 1989, por el cual se admite la demanda de nulidad presentada por el Dr. Eduardo Gómez Gallego contra el Departamento del Quindío y se niega la suspensión provisional de algunas normas.

Cópiese, notifíquese y una vez en firme este auto, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día doce (12) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

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

*Víctor M. Villaquirán M.*, Secretario.

**POTESTAD REGLAMENTARIA/ REGISTRO MERCANTIL**

**En el actual Código de Comercio no se consagró la sanción consistente en la exclusión del comerciante del respectivo registro o matrícula mercantil por la no renovación anual de la misma, con las graves consecuencias que ello implica. Hubo exceso por parte del Gobierno en el uso de la facultad reglamentaria, siendo como era materia propia del Código y no de un Decreto Reglamentario la sanción consagrada en la norma acusada.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., trece (13) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Luis Antonio Alvarado Pantoja.*

Expediente No. 1196. Actor: Jorge Hernán Gil Echeverry.

Procede la Sala a decidir el recurso de súplica interpuesto contra el auto dictado por el Consejero sustanciador en virtud del cual dispuso la suspensión provisional del acto objeto de la demanda de nulidad, el artículo 2° del Decreto 668 de 1989.

## I. EL ACTO ACUSADO:

El Decreto 668 de 1989 expedido por el Gobierno Nacional, como reza su título, para reglamentar parcialmente el Título III del Libro 1o., del Código de Comercio, en uso de las facultades que le confieren los artículos 120 ordinal 3° de la Constitución Nacional y 2035 del Código de Comercio.

El texto del decreto, incluyendo el artículo 2° materia de la demanda, y el cual se subraya, expresa:

"DECRETO NUMERO 0668 DE 1989 (abril 5)

"Por el cual se reglamenta parcialmente el Título III del Libro Primero del Código de Comercio.

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las que le confieren los artículos 120 ordinal 2° de la Constitución Nacional y 2035 del Código de Comercio,

"DECRETA:

"Artículo 1°. La Matrícula Mercantil de los comerciantes y de sus establecimientos de comercio, deberá renovarse en el período comprendido entre el primero (1o) de enero y el treinta y uno (31) de marzo de cada año cualquiera que sea la fecha de la Matrícula Mercantil.

"Artículo 2°. *La no renovación anual de la Matrícula Mercantil dará lugar a la exclusión del comerciante del respectivo registro.*

"Artículo 3°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

"Publíquese, comuníquese y cúmplase".

## II. EL AUTO RECURRIDO:

El señor Consejero conductor del proceso, expone así los fundamentos de la suspensión provisional del acto demandado:

"A. La Institución de la suspensión provisional, como su nombre lo indica, es una medida eminentemente transitoria que la ley somete a exigente régimen sin el cual no procede. En tratándose del ejercicio de la acción de nulidad, la suspensión pende de la existencia de manifiesta violación de una norma de superior jerarquía, apreciable *mediante una sencilla comparación* (subraya el Despacho). Comparación para el Diccionario de Uso Español, de María Moliner, es (acepción 2) 'Expresión de la igualdad o diferencia entre dos cosas o de una con otras'. En el caso de autos la comparación tiene por objeto la expresión visible de la diferencia entre norma acusada y aquella a que debe estar afecta.

"B. Cabalmente en el evento *sub-lite* surge de manera ostensible la violación por el artículo 2° del Decreto 668 acusado del artículo 120, ordinal 3° de la Constitución, al haber rebasado la potestad reglamentaria que por éste se le confiere al señor Presidente de la República.

"En efecto:

"a) Según el artículo 26 del Código de Comercio el registro mercantil tiene como objeto. '...llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley sugiere esa formalidad".

"Así la matrícula es el registro que deben hacer las personas que ejercen el comercio profesionalmente y sus establecimientos de comercio. (art. 28 ordinales 1° y 6°, entre otros del C. de Co.).

"La matrícula, según el artículo 33 del Código de Comercio, se renovará anualmente dentro de los tres primeros meses del año.

"Quién ejerza profesionalmente el comercio sin inscribirse en el registro mercantil incurrirá en multa de hasta diez mil pesos "sin perjuicio de las demás sanciones legales" (art. 37 ib.).

"La 'inscripción' está referida al registro en la Cámaras (sic) de Comercio de todos los actos, libros y documentos en relación con los cuales la ley impusiere tal requisito (art. 28 ordinales 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° y 9° y el numeral 10 del C. De Co. En conexión con este numeral los artículos 11, 113, 114, 116, 121, 158, 160, 163, 164, 165, 192, 196, 219, 227, 228, 247, 280, 300, 301 ib. etc.).

"b) Como se ve claramente de la anterior normatividad, el Decreto 668 de 1989 en su artículo 1° no hace sino repetir el mandato del art. 33 del Código de Comercio.

"Pero lo que le está vedado hacer, so pretexto de hacer uso de la potestad reglamentaria contemplada en el artículo 120 ordinal 3° de la Carta Política es establecer una sanción consistente en eliminar del registro mercantil al que no proceda la renovación de la matrícula dentro de los tres primeros meses del año, cual lo estatuye el artículo 2° de dicho Decreto. Y ello porque tal medida sancionatoria no está consagrada en el Código de Comercio adoptado por el Decreto Ley 410 de 1971".

## III. EL RECURSO:

El apoderado de la Cámara de Comercio de Bogotá en su alegato sustentatorio del recurso sostiene fundamentalmente que al consagrar el artículo 2° del Decreto 668 del 5 de abril de 1989 que "la renovación de la Matrícula Mercantil dará lugar a la exclusión del comerciante del respectivo registro no establece una sanción, "simplemente –agrega– reconoce la que surge del hecho mismo de la no renovación que está allí latente desde la expedición del Código de Comercio

cuando se consagró la obligación de renovarla todos los años". Se extiende en la interpretación de la palabra "renovación".

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Es innegable, como se afirma en el auto atacado por el recurrente, que en el actual Código de Comercio no se consagró la sanción consistente en la exclusión del comerciante del respectivo registro o matrícula mercantil por la no renovación anual de la misma, con las graves consecuencias que ello implica conforme se desprende de las diversas disposiciones de dicho código que regula específicamente tal registro (Título III Libro 1o., Código de Comercio).

De ahí que tenga la razón el señor Consejero sustanciador cuando encuentra la flagrante violación por parte de la norma acusada en virtud de haber excedido el Gobierno Nacional al dictarlo, la facultad reglamentaria que le confiere el inciso 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, siendo como era materia propia del Código y no de un decreto reglamentario la sanción consagrada en el artículo 2° del Decreto 668/89, en tanto éste no puede ir más allá de las normas que lo sustentan ni menos sustituir el ordenamiento que pretende reglamentar, so pena de invadir la órbita que le corresponde exclusivamente al legislador.

Y no se diga, como lo asevera el impugnador, que el contenido del art. 2° del Decreto 0668/89 no constituye una sanción. Basta con ver las consecuencias jurídicas que allí se establecen para deducir ese carácter sancionatorio. Si no se renueva cada año la Matrícula Mercantil, se excluye al comerciante respectivo del registro, lo cual tiene incidencias de todo orden en el desarrollo de sus actividades comerciales entre ellas las anotadas por el actor en su demanda en estos términos: "... por un lado deja de estar matriculado y por el otro pierden vigencia los documentos o contratos inscritos por este mismo comerciante.

"Así, se nota a leguas que se vulnera también el artículo 901 pues por la no renovación de la matrícula se hacen inoponibles los actos, documentos o libros registrados, inoponibilidad que por otra parte se genera es por la falta de inscripción y no por falta de renovación de la matrícula (art. 901 C. Co.).

"La violación del artículo 37 del Código de Comercio también aparece de bulto.

"Si se excluye al comerciante, automáticamente se le coloca en la infracción del estar ejerciendo el comercio sin estar *inscrito*, con lo cual le sería aplicable la multa allí prevista y las demás sanciones legales...".

También puede deducirse el quebranto de norma superior de la atenta lectura del artículo 35 del Código de Comercio que prevé la cancelación de la matrícula o inscripción en el registro mercantil por orden de autoridad competente o a solicitud de quien haya obtenido la matrícula. En ninguna parte se dice que tal cancelación pueda hacerse en virtud de la no renovación anual de la misma y por ende es indiscutible lo que antes se ha dicho de haberse incurrido en el desbordamiento del Código de Comercio con la norma acusada. Por esto, la Sala comparte la apreciación formulada en el auto suplicado en torno a esta extralimitación reglamentaria al decir que "... Es al Congreso a quien primigeniamente corresponde proveer sobre la materia objeto de enjuiciamiento. Si aquél confirió facultades extraordinarias al Ejecutivo mediante la Ley 16 de 1968 para expedir el actual Código de Comercio y éste en el antedicho Decreto 410 de 1971 no señaló sanción alguna por el incumplimiento de renovar la matrícula mercantil dentro del plazo antes mencionado, no puede llenarse tal silencio echando mano el Gobierno Nacional a la potestad reglamentaria constitucional. Al así haberlo hecho éste en el artículo $2^{0}$ del Decreto 668, rebasó esa potestad e invadió al mismo tiempo la órbita de funciones del Legislador".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala de Decisión,

**RESUELVE:**

CONFIRMAR EL AUTO SUPLICADO.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha doce (12) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

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

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

## MINISTRO DELEGATARIO/ DELEGACION DE FUNCIONES

**En la Constitución Política no se habla de ninguna limitación a la posibilidad de delegar funciones constitucionales. La interpretación más confiable lleva a pensar que depende de la discrecionalidad del Presidente de la República y de las necesidades del momento la determinación de las funciones delegadas en la persona del Ministro Delegatario.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá D.E., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 722. Demandante: José Ignacio Vives Echeverría

El doctor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 216 de la Constitución Política de Colombia, intenta demanda para que se declare nulo el Decreto Ejecutivo 1685 de 1987, expedido por el Presidente de la República y mediante el cual se delegan algunas funciones constitucionales.

### FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El actor resume los hechos de la demanda que se enuncian sucintamente en los siguientes términos:

a) Por el fundamento legal que lo gobierna, el decreto acusado es un decreto ejecutivo y, por ello, el conocimiento de su constitucionalidad compete a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esto es, al Consejo de Estado.

b) El artículo 5° del Acto Legislativo 1o., de 1977, que subrogó el art. 128 de la Constitución Política establece la facultad del Presidente de la República para delegar en el Ministro que corresponda, según el orden de precedencia legal, las funciones constitucionales, en caso de que aquél se traslade al extranjero en ejercicio del cargo. No obstante, la delegación tiene algunas limitaciones, como las que se relacionan con aquellas funciones constitucionales que ejerce el Presidente de la República como Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa.

El decreto acusado llevó a cabo delegación de funciones que tenían el carácter de indelegables.

c) Por el decreto acusado, el Presidente de la República delegó en el Ministro Delegatario las funciones que presenta en los siguientes términos; para este fin, se transcribe la parte resolutiva del mentado decreto:

"Decreto número 1685 de 1987 (1o., de septiembre).

"Por el cual se delegan algunas funciones constitucionales

"El Presidente de la República de Colombia

...

"Considerando

...

"Decreta:

"Artículo 1°. Deléganse, por el tiempo que dure la ausencia del Presidente de la República, de acuerdo con los considerandos de este decreto, en el doctor Juan Londoño Paredes, Ministro de Gobierno, funciones correspondientes a los asuntos indicados en los numerales 5°, 6°, 7° y 8° del artículo 118; numerales 2° y 4° del artículo 119; todas las contempladas en el artículo 120, con excepción del numeral 120, y las de los artículos 121 y 122 de la Constitución Política.

"Artículo 2°...".

Según el actor, el Presidente de la República no puede delegar su función constitucional, proveniente de los artículos 121 y 122 de la Constitución Política para decretar el estado de sitio o el de emergencia económica ni dictar los decretos legislativos que tan excepcionales circunstancias exigen, pues "tales decretos de estado de sitio y de emergencia económica deben llevar la firma del Presidente y de todos los Ministros, y por tanto no pueden ellos ser dictados

por el Ministro Delegatario pues éste en tales eventos no pierde su 'status' de Ministro y entonces tales decretos aparecerían dictados por quien no es Presidente de la República" (fl. 10).

Se desconoció a sabiendas la decisión de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de diciembre 12 de 1986, expediente 5-R) sobre inexequibilidad de la Ley 27 de 1980 (noviembre 3 de 1980), aprobatoria del Tratado de Extradición entre Colombia y los Estados Unidos de América, "en cuanto no fue constitucionalmente sancionada por el Presidente de la República", sino por el Ministro delegatario, sin competencia para ello. En esta sentencia se determinaron las materias que no pueden ser objeto de delegación, no obstante lo cual el Presidente de la República expidió el decreto demandado haciendo caso omiso de la decisión jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia.

c) El decreto acusado, por otra parte, no rige desde su expedición sino desde la publicación en el Diario Oficial, circunstancia que hace que el Ministro Delegatario habría de iniciar su condición de delegado del Presidente antes de que el decreto fuera publicado.

d) Como fundamentos de derecho de la demanda el actor asevera que el Presidente de la República es elegido popularmente, ejerce funciones constitucionales frente al Congreso de la República, la administración de justicia, en su condición de Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa, y además en circunstancias especiales de los arts. 121 y 122 de la Constitución Política.

e) La delegación de funciones que en la actualidad puede llevar a cabo el Presidente de la República es una institución reciente, como que proviene del Acto Legislativo No. 1 de 1977. Mediante ella, el Ministro Delegatario actúa en nombre del Presidente de la República, pero no es Presidente de la República ni sustituto de éste sino sólo su ministro, por lo que sus funciones delegadas no pueden ser las que corresponden privativamente al Presidente. Por el contrario, las facultades que pueden recibir por delegación son aquellas que tienen el primer magistrado respecto del Congreso Nacional y la administración de justicia, con la excepción determinada por la Corte Suprema de Justicia en relación con la concesión del indulto por delitos políticos. Cita el actor en su apoyo dos decisiones jurisprudenciales, la sentencia de octubre 16 de 1985, del Consejo de Estado y la sentencia del 12 de diciembre de 1986, de la Corte Suprema de Justicia.

f) Posteriormente, pero dentro de la oportunidad legal, el actor corrigió la demanda a fin de que se tuviera en cuenta la circunstancia de que, según afirmación del senador Hugo Escobar Sierra, el decreto acusado de nulidad no fue publicado el día 1o., de septiembre sino de fecha posterior. A este respecto, corrige la relativa a las pruebas y solicita que se tenga como tales las que señala.

## CONTESTACION DE LA DEMANDA:

Tras desconocer que algunos alegados como hechos en la demanda no lo son, la parte demandada niega que existan algunas facultades del Presidente de la República que no sean transferibles por delegación porque aunque la demanda lo afirma no se indica precisamente cuál precepto de la Constitución señala las facultades presidenciales indelegables. A lo anterior agrega que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se relaciona con la inexequibilidad de la Ley 27 de 1980, aprobatoria del Tratado de Extradición, por lo que se debe entender que "es un acto jurisdiccional sin efectos "*erga omnes*", porque además "el argumento se contrajo a una exclusiva causal de inconstitucionalidad, para un caso dado y determinado, ajeno al que ahora se discute, y sin que tal providencia sea *erga omnes* por lo que la inexequibilidad lo fue "en cuanto no fue constitucionalmente sancionada por el Presidente de la República", por lo cual no se puede tomar como jurisprudencia.

En relación con el concepto de la violación, la parte demandada afirma que las atribuciones en los artículos mentados en la aparte resolutiva del decreto acusado corresponda efectivamente a funciones del Presidente de la República que asímismo goza de la facultad para delegar tales funciones. Respecto de la institución de la delegación de funciones sostiene la parte demandada lo siguiente:

> "...
>
> "2.° Es igualmente evidente que, como lo expresa el artículo 128 de la C.N., es en su calidad de *Presidente de la República* (subraya en el texto) que tiene el primer mandatario de la Nación, que se le confirió la atribución de delegar funciones al Ministro Delegatario, norma que se expidió para que el Presidente conservara su calidad de tal cuando salga del país para ejercer en territorio extranjero algunas funciones de Presidente de la República, legando en un ministro las demás, o parte de ellas, según lo aconsejan las necesidades y conveniencias de la Nación. Ello implica que en tales casos el Presidente conserva *investidura* pero traslada, transitoriamente algunas de las *atribuciones* que tiene al Ministro Delegatario. Este sigue siendo Ministro, como lo indica la norma, pero ejerciendo además de las atribuciones propias de su cargo de que es titular, las presidenciales constitucionales que sean delegadas" (fl. 91 y 92).

Por otra parte, para la parte demandada es errónea la interpretación de la Corte Suprema de Justicia al afirmar que no son delegables las funciones de que tratan los artículos 121 y 122 de la Constitución Política "pues restablecer el orden público o el económico y social no dejan de ser atribuciones administrativas, que son las propias de la "función administrativa", la cual es una de las funciones públicas –de las cuales hacen parte las jurisdiccionales y las legislativas–, función

que se contrae a la *debida y oportuna ejecución de la Constitución y de la ley*, de manera continua. Esa *continuidad* precisamente señala no sólo la posibilidad sino la necesidad de ser delegadas tales atribuciones cuando el Presidente de la República se traslada a territorio extranjero" (fl. 96).

A lo anterior agrega la parte demandada que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fundamentos antijurídicos pues afirma la inconstitucionalidad del Decreto 2904 de 1980, que como decreto ejecutivo era "*un acto administrativo, sobre cuya constitucionalidad tiene control y competencia exclusiva y privativa el contencioso administrativo*, conforme al mandato expreso de la Constitución, arts,. 141, 214 y especialmente 216" (las subrayas están en el texto). (fl. 98).

## ALEGATOS DE CONCLUSION:

Corrido el traslado para alegar de conclusión el actor se abstuvo de hacerlo; por el contrario, la parte demandada reiteró sus argumentos como se pasa a exponer en la sucinta presentación que hace la Sala a continuación:

Tras reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, la parte demandada afirma que la delegación implica la facultad para el ejercicio de las atribuciones de los artículos 121 y 122, "pues sería contradictorio que la Constitución autorizara al Presidente para actuar fuera del país como Jefe de Estado y a la vez impidiera delegar las atribuciones relacionadas con el restablecimiento de tales órdenes, restablecimiento que requieren de una acción inmediata por parte del Gobierno" (fl. 130).

## VISTA FISCAL:

De acuerdo con el concepto del señor Fiscal Primero ante la Corporación, es la propia Constitución Política la que hace posibles los viajes del Presidente de la República al exterior, "una vez confiera al Ministro según el orden legal de precedencia (sic) las FUNCIONES QUE ESTIME NECESARIAS PARA EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO, tiempo durante el cual el Ministro Delegatario ejercerá esas funciones bajo su propia responsabilidad" (fls. 137 y 138).

Para el señor Fiscal no existe disposición constitucional alguna que clasifique las atribuciones legales y constitucionales en "las más importantes y las menos importantes", pues sólo se requiere el acto de delegación señalando claramente la materia delegada. A lo anterior agrega que el mentado art. 128 de la Consti-

tución Política no determina cuáles funciones son indelegables y no le es lícito al intérprete hacer una distinción que la norma no hace.

Finalmente el señor Fiscal asevera que el cargo relativo a que el decreto no fue publicado sino en fecha diferente se precisa en los siguientes términos: "Conforme a constancia del Director de la Imprenta Nacional de folio 36 del proceso, el Decreto 1685 de 1987 fue publicado en la edición número 38.028 del Diario Oficial, correspondiente al 11 (sic) de septiembre de 1987" (fl. 139).

Concluye la vista fiscal solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala dos son los puntos neurálgicos sobre que gira la demanda intentada contra el Decreto 1685 de 1987 y mediante el cual el señor Presidente de la República delegó en su Ministro de Relaciones Exteriores, en razón de la precedencia señalada en la ley, precisas facultades mientras viajaba al exterior.

Uno.- Que mediante el decreto acusado, el Presidente de la República expidió un acto administrativo de delegación de funciones que eran indelegables.

Dos.- Que el decreto, que debía entrar a regir a partir de su publicación o sea, de su inserción en el Diario Oficial, no fue el día 1o., de septiembre de 1987, sino en una fecha posterior incluso cuando el señor Presidente de la República había abandonado el país.

Por ser este segundo cargo el de más inmediata consideración se pasa a su examen.

Al proceso el actor anexó documentos en que se planteaba el hecho de que el día primero de septiembre del mencionado año no fue inserto en el Diario Oficial el Decreto en cuestión. Numerosas aseveraciones contienen los documentos especialmente constituidos por el Senador de la República, doctor Hugo Escobar Sierra.

No obstante lo anterior, en los autos reposan constancias de las personas involucradas en el proceso de edicion de la norma cuestionada que expusieron al respecto y sobre lo cual en la actualidad no puede abrigarse duda alguna.

En efecto:

En el folio 36 obra constancia expedida por el señor Iván Suárez Camacho, en su calidad de director de la Imprenta Nacional que es del siguiente tenor:

"Bogotá, D.E., 9 de septiembre de 1987

"Doctor
Hugo Escobar Sierra
Senador de la República
E.S.D.

En forma atenta me refiero a su comunicación de la fecha, en la cual nos solicita información sobre la publicación del Decreto No. 1685 del primero de septiembre de presente año.

"En efecto, el Decreto número 1685 del 1o., de septiembre de 1987, se publicó en la edición número 38.028, correspondiente al 1o., de septiembre del año en curso.

"Con la presente le acompaño un ejemplar de dicha publicación.

"..."

Como se puede apreciar, la certificación anterior es suficiente prueba de la oportunidad en que se publicó la norma en cuestión por lo que a la Sala no le quedará más que agregar que en relación con este cargo de la demanda no le corresponde hacer declaración alguna.

Respecto del punto número Uno, la Sala examina la teoría de la delegación para concluir si efectivamente la Constitución Política establece categorías en las atribuciones por delegar entre las cuales haya algunas que sean indelegables.

El examen del cargo se hace a la luz de precepto constitucional pertinente. Según noticia del propio actor, el establecimiento del Ministro Delegatario obedeció al hecho de que con el sistema anterior al Acto Legislativo No. 1 de 1977, se presentaba el problema de la "dualidad de que Colombia tenía en tales circunstancias (con los viajes del Presidente al Exterior) dos Presidentes, uno viajando por el extranjero y el otro gobernando en Bogotá, lo cual restaba prestancia al titular del poder ejecutivo que salía a representar al país en conferencias o visitas internacionales" (fl. 16). Sin entrar aún en el examen del precepto constitucional puede adelantarse que con este precedente, el Ministro Delegatario suple la ausencia temporal del presidente, lo hace en virtud del acto de delegación de aquél y para las precisas materias que le señala y actúa dentro de la órbita que le

corresponde al Presidente de la República, sin usurparle la dignidad que el orden jurídico le atribuye a éste.

Para el *Diccionario de Uso del Español*, delegar es "autorizar una persona a otra para que obren en representación suya en algún asunto". A manera de sinónimos la misma obra indica la relación siguiente: *apoderar, dar atribuciones, autorizar, dar carta blanca, cometer, comisionar, confiar, dejar, (poner) al cuidado de, deferir, diputar, empoderar, encargar.*

El precepto constitucional de la delegación es del siguiente tenor:

"El Presidente de la República o quien hace sus veces no podrá trasladarse a territorio extranjero durante el ejercicio de su cargo sin aviso previo al Senado o, en receso de éste, a la Corte Suprema de Justicia.

"La infracción a esta disposición implica abandono del puesto.

"El Presidente de la República o quien ha ocupado la Presidencia a título de encargado, no podrá salir del país dentro del año siguiente a la fecha en que cesó en el ejercicio de sus funciones, sin permiso previo del Senado.

"Cuando el Presidente de la República se traslade a territorio extranjero en ejercicio del cargo, el Ministro a quien corresponde según el orden de precedencia legal, ejercerá, bajo su propia responsabilidad, las funciones constitucionales que el Presidente le delegue. El Ministro Delegatario pertenecerá al mismo partido político del Presidente". (subraya la Sala).

Relacionando la definición del Diccionario y el texto constitucional, se puede sintetizar la teoría de la delegación en los siguientes términos:

a) Mediante un acto administrativo, el Presidente de la República efectúa un encargo en la persona del Ministro.

b) Dicho encargo tiene por finalidad atribuirle precisas facultades de las que por derecho propio le compete al Presidente de la República.

c) El ejercicio de las facultades delegadas únicamente compromete al que cumple la delegación.

d) En cualquier momento quien delega puede reasumir el ejercicio de la facultad delegada y la responsabilidad consiguiente.

Para la Sala es claro que la Constitución Nacional establece dos clases de delegación: la mencionada del artículo 128 (que es atribución de funciones constitucionales) y la del artículo 135 (que es la que el Presidente de la República

puede efectuar en sus ministros para llevar a cabo una especie de desconcentración).

No hay que olvidar que la institución de la delegación del 128 tuvo origen en la inconveniencia de que fuera el Primer Designado quien supliera las ausencias temporales del Presidente de la República. Mientras el delegado, según el artículo 128 C.N., es un reemplazo del Presidente de la República, según el artículo 135 es un mero colaborador. Respecto de esta disposición el Consejo de Estado se ha pronunciado acerca de materias que le están vedadas al funcionario delegado.

En relación con el inciso 4° del artículo 128 de la Constitución Política se debe observar que no se habla de ninguna limitación a la posibilidad de delegar funciones constitucionales. La interpretación más confiable lleva a pensar que depende de la discrecionalidad del Presidente de la República y de las necesidades del momento la determinación de las funciones delegadas. El precepto en mención no señala restricción alguna a las facultades que por vía de delegación puede ejercer el Ministro encargado mientras dura el viaje del Presidente de la República al Exterior.

Para la Sala no son admisibles los argumentos que se relacionan con que el Ministro delegatario (sic) no haya sido elegido por voto popular, sea un coronel retirado y pueda presidir el ascenso de militares de superior jerarquía castrense a la suya propia, o dentro de las facultades de los artículos 121 y 122 de la Constitución Política aparezca su firma, no como ministro de igual jerarquía a los demás sino como encargado de la Presidencia para las facultades precisas que se le asignaron por delegación. Sobre los fundamentos legales de que ciertas atribuciones presidenciales son indelegables no aporta dato alguno la demanda. Las decisiones jurisdiccionales a que alude vienen a ser intentos de hallar una limitación al ejercicio de las facultades delegadas que como se ha explicado no encuentra el Consejo de Estado que existe, Se observa del mismo modo que el precepto constitucional no remite a la ley posibilidad de hacerlo como sí lo hace en el caso del artículo 135 *ibídem*, al señalar en el inciso primero que "*las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley*" (subraya la Sala).

Lo anterior es suficiente para decidir como la Sala lo hace.

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

## FALLA:

Deniéganse las pretensiones de la demanda instaurada por el doctor José Ignacio Vives Echeverría contra el Decreto Ejecutivo 1685 de 1987, "por el cual se delegan algunas funciones constitucionales", proferido por el Presidente de la República, el primero de septiembre de ese año.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Se deja constancia que la presente providencia fue aprobada y considerada en sesión de doce (12) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

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

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

## DEPOSITO FRANCO

**El depósito franco refiere la situación de productos que no han sido objeto de liquidación o determinación del impuesto del país en que funciona. La expresión inglesa *In bond* precisa el régimen restrictivo de comercialización de los bienes que se hallan bajo la responsabilidad de los depósitos francos.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 841. Demandante: Miguel González Rodríguez.

El doctor MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, actuando en su propio nombre, en ejercicio de la acción de nulidad, ha intentado demanda a fin de que se haga ésta o parecida declaración:

"Que es nulo el inciso segundo del parágrafo del artículo 5° del Decreto Reglamentario 40 de enero 13 de 1988, proferido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público, en cuanto por él se dispone:

"Por ningún motivo podrán exhibirse pedidos de las mismas fuera de la Zona Aduanera Internacional".

### I. LA DEMANDA:

El actor fundó la pretensión que se transcribe sobre los siguientes hechos.

1. En el Decreto 444 de 1967 (Estatuto Cambiario) artículo 47, se estableció que se hallan libres de gravámenes de importación y de consumo los artículos adquiridos por los viajeros al exterior cuando se entregan dentro de la nave en el momento de la salida.

2. El Gobierno Nacional ha reglamentado repetidas veces lo correspondiente a la venta *in bond* (depósitos francos) que ordinariamente funciona en los Aeropuertos Internacionales con mercancías extranjeras y nacionales, una de las cuales está reglamentada en el decreto acusado, mediante el cual se derogó el Decreto 1901 de 1985, en el inciso del parágrafo del artículo 5º acusado.

El concepto de la violación afirma que la norma acusada es inconstitucional e ilegal por cuanto:

a) La norma reglamentaria no establece en ninguna parte que los artículos sólo podrán exhibirse dentro de la Zona Aduanera Internacional.

b) La misma norma tampoco establece que los artículos adquiridos correspondan únicamente a pedidos tomados dentro de la Zona Aduanera Internacional. La norma reglamentada –asevera el actor– establece, esencialmente, la venta de tales artículos a viajeros al exterior. Para el mismo, límites y condiciones deben entenderse por "confín o lindero", "fín, término", "término del cual no puede pasar el valor de una cantidad", los primeros; en cuanto condiciones afirma, quiere decir "índole, naturaleza o propiedad de las cosas".

De lo anteiror infiere que el Gobierno no podía establecer la prohibición de exhibir *mercancías libres de gravámenes de importacioón y de consumo* fuera de la Zona Aduanera Internacional. (subraya la Sala).

Tampoco había facultad para prohibir la toma de pedidos fuera de la misma zona, pues ello no tiene nada de ilegal ni produce ningún efecto práctico la decisión de prohibir. El decreto –afirma el actor– ha debido limitarse a precisar qué artículos se pueden vender en los denominados *In Bond*, o *depósitos francos*, y la cantidad máxima de cada uno de ellos, con la consecuencia de restringir la venta de otros artículos.

En cita que hace el actor, (fl. 7), se lee que la facultad reglamentaria busca ejecutar la ley, "supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley; pero el gobierno, so pretexto de su ejercicio, no puede ampliar ni restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones suprimiendo las contenidas en la ley, porque no sería *reglamentar* sino *legislar*".

A lo anterior agrega el actor la violación del artículo 32 de la Constitución Política sobre libertad de empresas e iniciativa privada, dentro de los límites del

bien común, porque se prohibe, en forma que no lo hace el decreto reglamentado, la exhibición de unos productos o hacer pedidos sobre los mismos, en lugares distintos a la Zona Aduanera Internacional.

## II. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

Tras algunas contingencias en la representación judicial del ente demandado, éste argumentó en los siguientes términos, luego de impetrar de la Corporación "desatender las pretensiones (sic) de la demanda":

1. Según el artículo 16 de la Constitución Política, las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida, honra y bienes. "En este caso –afirma– es el mismo Estado que como persona jurídica a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Aduanas frente a pretensiones (sic) de los particulares (Acto Legislativo No. 1 de 1936, artículo 9o), en concordancia con los artículos 20, 21, 51 y 121 de la Constitución Nacional y el artículo 47 del Decreto Ley 444 de 1967 y Ley 6a., de 1971" (fl. 30) (sic).

2. El artículo 47 del Decreto 444 de 1967 faculta al Gobierno a autorizar el expendio de artículos a viajeros al exterior.

3. La Ley 6a., de 1971 autoriza a regular las importaciones para mejorar utilización de las divisas, protección a la industria nacional y "estimular" (sic) el desarrollo del país.

4. El artículo 77 del Decreto 2666 de 1984 autoriza aplicar las medidas de seguridad para que las mercancías "que lleguen con destino a los depósitos de provisiones para llevar (sic), con mayor razón el Gobierno Nacional está facultado para llevar a cabo la vigilancia y control de las mercancías que llegan con destino a dichos (sic) depósitos es la de restringir la circulación de las mismas ya que son mercancías que no han pagado ninguna clase de impuestos y han ingresado al país bajo un régimen restrictivo, por cuanto su permanencia está limitada a un determinado sitio" (fl. 30).

5. Tal sitio restringido son los puertos marítimos y los Aeropuertos Internacionales, sin que tales mercancías puedan hallarse en sitios diferentes. Pues "norma que ampara su introducción (de los artículos) y permanencia ordena (sic) que las mercancías deben permanecer en los depósitos francos (sic) o depósitos de provisiones para llevar (sic)" (fl. 31).

6. El decreto acusado da facultad al gobierno al mencionar las expresiones límites y condiciones.

7. La reglamentación acusada se "siño" (sic) a las facultades allí otorgadas (artículo 47 del Decreto-ley 444 de 1967, y ratificadas por el Decreto 2666 de 1984. Luego la expedición de la norma acusada se llevó a cabo dentro del marco legal.

## III. VISTA FISCAL:

Para el colaborador Fiscal de la Corporación, la facultad reglamentaria se hace necesaria cuando en el precepto legal faltan los pormenores para su correcta aplicación, pues con aquella se provee la regulación de tales detalles.

El señor Fiscal conceptúa que:

> "No se justificaría un Decreto Reglamentario que se limitara a repetir la norma reglamentada so pretexto de no pisar los linderos de la limitación constitucional a la facultad reglamentaria " (fl. 62).

Si bien –agrega– el artículo 32 de la Constitución Política garantiza la libertad de empresa, el mismo precepto encarga al Estado de la *Dirección General de la* **economía**. La norma acusada regula la disposición de mercancías importadas, esto es, "mercancías extranjeras en tránsito", con destino a los llamados *In bond* o depósitos francos.

En relación con la "disquisición semántica" del actor sobre las expresiones límite y condición la entiende la Fiscalía así: límite, se refiere no sólo a la cantidad de algo (cosa que ya había considerado el artículo anterior), "sino en su propia y condigna significación cual es la de confín, frontera, lindero y, en ese mismo sentido se entiende dentro del contexto total el decreto demandado y lo desarrollado por el inciso del parágrafo acusado". Sobre condición, el señor Agente del Ministerio Público, considera que se halla incorporada al texto como "circunstancia en que se hace algo o en que se debe hacer", "no como lo dice el apoderado la índole o naturaleza de las cosas", porque ellas, repetimos, ya estaban señaladas en el artículo inmediatamente anterior al inciso del parágrafo demandado" (fl. 63).

Considera, además, que las mercancías extranjeras que no pagan gravámenes de consumo e importación "son de restrictiva circulación y por supuesto negociación", como quiera que si así fuera estaríanse menoscabando los intereses nacionales en cuanto a su mercadeo, ..." (op.cit).

En concepto del señor Fiscal no pueden prosperar las súplicas de la demanda.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala no existe duda de que las pretensiones del actor se fundan en dos elementos de juicio concomitantes y necesarios: extralimitación del Gobierno Nacional en el ejercicio de la facultad reglamentaria y atribución indebida de significado a las expresiones "límites" y "condiciones

Ciertamente, el artículo 28 del Código Civil manda entender las palabras de la ley en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero conviene recordar que, de acuerdo con la observación que el señor Bello hacía en relación con precepto parecido del Código Civil Chileno, el sentido natural es el que registra el Diccionario Español; de donde cabe preguntar, ¿cuál de las tres acepciones que trae la expresión "límite", o de las diez que otorga a "condiciones", podría tomarse legítimamente como de sentido natural y obvio y cuál no?

Porque las acepciones de cada una de las expresiones en examen comprenden tantos significados diversos como para concluir afirmando que la indagación terminológica no proporciona herramienta adecuada y suficiente para saber que el Presidente de la República se excedió en la facultad de que usaba. Si no, téngase en cuenta, que bajo la palabra "límite" se comprenden significados tan disímiles como confín (en sentido espacial), momento hasta el cual se llega (en sentido temporal), alcance para la realización de una conducta (en sentido modal). De donde resulta que la connotación que quiere atribuirle la demanda a la expresión "límites", como significando sólo "número o cantidad autorizada de artículos negociados", es arbitraria, o al menos, con quebranto del viejo adagio que prohibe hacer distinciones que el legislador no ha hecho.

El debate de que se trata tiene que ver, exclusivamente, con un puro cotejo normativo, razón por la cual la Sala pasa a emplear el método de la doble columna

| *Norma violada* | *Norma acusada* |
|---|---|
| "Decreto Ley 444 de 1967 | "Decreto 40 de 1988 |
| Sobre el régimen de cambios internacionales y de comercio exterior | Por el cual se reglamenta el artículo 47 del Decreto 444 de 1967, relativo a las mercancías importadas para venta en los depósitos francos. |
| El Presidente de la República de Colombia, en uso de facultades extraordinarias que le confiere la Ley 6a., de 1967. | El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confiere los ordinales 3° y 22 del artículo 120 de la Constitución Política, el artículo 47 del Decreto 444 de 1967, la Ley 6a., de 1971 y teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 79 y 84 del Decreto 2666 de 1988. |
| DECRETA: | DECRETA: |
| "... | "... |
| "... | |

| *Norma violada* | *Norma acusada* |
|---|---|
| "Decreto Ley 444 de 1967 | "Decreto 40 de 1988 |
| "*Artículo 47.* Dentro de los límites y condiciones que establezca el Gobierno, estarán libres de gravámenes de importación y de consumo los artículos que adquieran los viajeros al exterior para que les sean entregados dentro de la respectiva nave al momento de su salida al exterior". | "*Artículo 5°*. Las mercancías extranjeras que pueden expender los viajeros al exterior, en los puertos marítimos y aeropuertos para ser entregados dentro de la respectiva nave o aeronave en el momento de su salida del país, son:<br>Alimentos, hasta cinco (5) libras<br>...<br>*Parágrago.* Se consideran "portátiles...<br>*"Por ningún motivo podrán exhibirse estas mercancías ni tomarse pedidos de las mismas fuera de la Zona Aduanera Internacional".*<br>(lo subrayado es el objeto de la demanda). |

para ver de apreciar si existe oposición entre norma reglamentada y reglamentaria y si ésta desborda el ámbito dentro del cual debía producirse.

La relación normativa es como sigue: el Decreto 40 de 1988 (norma reglamentaria acusada) se expidió para reglamentar el artículo 47 del Decreto-ley 444 de 1967 (norma reglamentada).

Como la Sala tiene la impresión de que el debate es ante todo terminológico, estima de suma utilidad examinar la expresión *In bond*, pues como las mejores denominaciones técnicas en este caso sí provee de una buena inteligencia a la noción discutida.

Para el Webster's Third New International Dictionary (The Merriam-Webster Inc., 1986, Springfield, Mass), *In Bond* tiene el siguiente significado:

> "*The state of good being manufactures store, or transported under the care of bonded agencies until the duties or taxes on them are paid*".
>
> (Situación de bienes que son manufacturados, almacenados o transportados bajo la responsabilidad de depósitos francos hasta que sean pagados las tasas o impuestos que les corresponden) (traslada la Sala al español).

Lo anterior es suficiente para desatar la controversia. Se trata de productos que no han sido objeto de liquidación o determinación del impuesto del país en que funciona el depósito franco. La expresión inglesa precisa, muy sabiamente, el régimen restrictivo de comercialización al señalar que los bienes se hallan *under the care of bonded agencies*, que la Sala ha entendido por *bajo la responsabilidad de depósitos francos*; pero hay que advertir que la

expresión *care* implica no sólo responsabilidad sino también algo más personal e íntimo, a la manera del *cuidado* que prestan las personas a seres u objetos que se hallan rodeados de condiciones particulares que los separan de los demás.

La exhibición de productos hace parte, en la teoría de las ventas, de una estrategia que tiene por objeto obtener del eventual consumidor su aceptación y *deseo* por consumirlos. Permitir la exhibición de un bien de consumo pero negar su adquisición se hallaría dentro de las conductas que se traducen en el acto impotente. Porque aquello que pretende la demanda, a más de carecer del debido fundamento legal, contradice el pensamiento comercial cuya relación *producto-estímulo- comprador-consumo* constituye piedra angular de la teoría general del mercadeo.

No asiste tampoco razón al actor para denunciar en el acto administrativo acusado una conducta excesiva. La norma que le dió fundamento a aquél es diáfana al señalar que corresponde al Gobierno regular los bienes *In Bond*, "dentro de los límites y condiciones" que él mismo establezca. Y el Gobierno así lo hizo: dispuso que tales productos no podrían exhibirse ni tomarse pedidos *fuera* (límites y condiciones) de la Zona Aduanera Internacional. Por lo que la Sala encuentra que la conducta del gobierno ha estado ajustada a derecho y así habrá de declararlo, en un todo de acuerdo con el señor Fiscal ante la Corporación.

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

**FALLA:**

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de doce (12) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

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

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

**JUICIO PENAL DE POLICIA** - Inexistencia

**Por lo general, y salvo contadas excepciones, el órgano competente para imponer sanciones como a las que se contrae la resolución acusada, es la propia autoridad administrativa encargada de la prestación del servicio, a través de una actuación igualmente administrativa que no tiene en modo alguno las características de un juicio así esté precedida de una especie de proceso, no pudiéndosele motejar de proceso de naturaleza policiva penal.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.-* Bogotá, D.E., veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente No. 1030. Asuntos Departamentales. Actor: Victoriano Gallo García y Lucía Fonseca Díaz.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de los demandantes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 22 de agosto de 1988, mediante la cual se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES:**

En ejercicio de la acción de restablecimiento y por medio de apoderado judicial, los señores VICTORIANO GALLO GARCIA y LUCIA FONSECA DIAZ demandaron la nulidad de la *Resolución No. 522* dictada por la Inspección Municipal de Planeación de Bucaramanga el 29 de julio de 1985, confirmada por la Resolución No. 030 de 18 de septiembre del mismo año, del señor Alcalde

Metropolitano de la misma ciudad. Pidieron igualmente los demandantes la declaratoria de que el acto desconoció el derecho de ellos a edificar en terreno propio con arreglo a las normas de urbanismo imperantes en el área metropolitana; que el mismo acto fue el producto de un procedimiento policivo arbitrario que desconoció su derecho de defensa; que el Area Metropolitana de Bucaramanga es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales que le causaron con la paralización y demolición de las obras que adelantaron en la calle 97A No. 33 impar de dicha ciudad, que estima en $200.000.oo más correción monetaria y el equivalente en gramos oro a $500.000.oo, respectivamente.

Las peticiones anteriores se fundan en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. Previo el lleno de los requisitos previstos para el efecto, los demandantes solicitaron y obtuvieron del Departamento Administrativo de Planeación Metropolitano de Bucaramanga el 17 de julio de 1984, licencia de construcción para su casa de habitación en lote de terreno de su propiedad. Los planos correspondientes fueron aprobados igualmente constando en ellos la localización del área a construir, de la construcción respecto a calles y ca-rreras, delimitantes del lote, etc.

2. Cuando se adelantaba la construcción el 29 de octubre de 1984 y sin previo requerimiento, el Departamento Administrativo de Planeación Metropolitana selló la obra arguyendo la construcción de algunas columnas por fuera del "parámetro oficial". Al día siguiente el Inspector de Planeación Municipal de Bucaramanga con fundamento en el artículo 3º del Acuerdo Metropolitano 018 de 1983 en concordancia con el artículo 600 del también Acuerdo No. 003 de 1982, inició investigación por contravención consistente en la construcción de parte de la obra con violación de los parámetros establecidos en la licencia previamente otorgada.

3. El procedimiento se cumplió a espaldas de los demandantes y capri-chosamente se practicaron algunas "pruebas". Victoriano Gallo García, como sindicado de la contravención tan sólo se le hizo comparecer 9 meses después de la iniciación de la instructiva.

4. Como resultado de la investigación adelantada, la Inspección profirió la Resolución No. 522 el 29 de julio de 1985 disponiendo:

a) La demolición de las columnas que se encuentran fuera del paramento oficial de la construcción que se adelanta.

b) Fijar un plazo de diez (10) días a partir de la ejecutoria de la Resolución para que el contraventor cumpla lo ordenado en ella, conminándosele con multa

de $500.000.oo en caso contrario, sin perjuicio de que la reparación la realice la Administración por cuenta de él, obteniéndose el reembolso si fuere del caso, por la vía de la jurisdicción coactiva.

c) La demolición deberá ejecutarse como lo establezca el Departamento de Planeación Municipal. Y,

d) La procedencia de los recursos de reposición y el de apelación para ante el señor Alcalde Municipal.

5. De los recursos de reposición y apelación se hizo uso sin resultado positivo, advirtiéndose que del recurso de apelación ha debido conocer el señor Gobernador del Departamento, por cuanto el Inspector de Planeación Municipal conoció del trámite en primer grado por delegación de funciones que le hiciera el Alcalde Metropolitano de conformidad con el artículo 3°., del Acuerdo 018 de 1983, en concordancia con el artículo 600 del Acuerdo 0003 de 1982.

6. Agotada la vía gubernativa, los demandantes procedieron dentro del término señalado en la resolución a demoler las columnas que según la Administración se habían ubicado por fuera del paramento oficial, hecho que tuvo lugar el 22 de septiembre de 1985.

7. Los demandantes con la mejor buena fe sometieron el proyecto de construcción del inmueble a consideración de la autoridad competente siendo aprobado sin reparo alguno, razón por la cual se procedió a la ejecución de la obra ciñéndose estrictamente a las prescripciones y parámetros que le fueron trazados a través de la licencia de construcción y especialmente de los planos aprobados.

8. El sellamiento de la obra que adelantaban los actores en lote de su propiedad y la posterior demolición de las columnas que a juicio de la Administración Metropolitana quedaron por fuera del paramento oficial reportaron para ellos perjuicios de orden material y moral.

En la demanda se indicaron como disposiciones violadas los artículos 16, 26 y 30 de la Constitución Nacional; 669 del Código Civil; 3° y 5° de la Ley 58 de 1982; 2°, 3° y 50 del C.C.A.; 220 y 228 del Código Nacional de Policía; 264 y 274 del Código de Policía de Santander; 525, 526, 531, 562, 590 y 600 del Acuerdo Metropolitano 0003 de 1982, y el artículo 3° del Acuerdo No. 018 de 1983. Ampliamente se expuso el concepto de la violación de las mismas.

Tramitada la instancia en forma legal el Tribunal, como antes se dijo, puso fin a ella con la sentencia que se revisa en la cual se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones de la demanda.

Se hace hincapié en la providencia apelada en la incompetencia de esta Jurisdicción para juzgar los actos acusados, pues para el Tribunal no existe la menor duda de que la Resolución No. 522 de julio 29 de 1985 proferida por el señor Inspector de Planeación de Bucaramanga "por medio de la cual se ordena una demolición", constituye la terminación de un juicio penal de carácter policivo, como que contiene, dice el *a-quo*, una sentencia en la que se aplica un correctivo por la comisión de una contravención y, en consecuencia, dicho acto, por expresa exclusión del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo no puede ser juzgado ni sometido al control jurisdiccional contencioso administrativo.

Para llegar a esta conclusión analiza el Tribunal las normas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal en cuanto a la división de los hechos punibles en delitos y contravenciones y la competencia para conocer de estas últimas; las normas del Código Nacional de Policía que tipifican como contravención el hecho de quien necesitando de permiso para acometer la ejecución de una obra, la inicie sin tal permiso o la haya adelantado con violación o desconocimiento de las condiciones fijadas en el permiso; el Decreto 3190 de 1984 del señor Gobernador de Santander que contiene el Código de Policía de ese Departamento y en el cual se consagra la misma contravención, así como el Acuerdo No. 0003 de julio 20 de 1982 de la Junta del Area Metropolitana de Bucaramanga, por el cual se dicta el Código de Urbanismo de dicha Area y en cuyo artículo 592 se establece la misma clase de contravención. Y se expresa en algunos apartes del fallo lo siguiente:

"En el presente caso la razón fundamental para la aplicación del correctivo de demolición de la obra en la Resolución que se impugna, fue "por construir por fuera del parámetro oficial", no obstante que en la demarcación que se hizo se le advierte que debe "conservar 6.000 mts., de vía" y que la aprobación de los planos DC069 dice: "conservar paramento actual", hecho que necesariamente estructura la contravención en comento. Y esa sanción no fue aplicada de plano, ni fue el resultado de una situación meramente administrativa, sino que el funcionario instructor que lo fue el Inspector de Planeación Metropolitana, dictó auto cabeza de proceso (fl. 93) declarando abierta la investigación de los hechos y se ordenó la práctica de algunas diligencias, entre otras, la de citar y oir la versión de los presuntos infractores (fl. 108) y allegar la prueba documental respectiva. Es decir, se agotó el trámite propio de un proceso que si bien es cierto pudo tener vicios en cuanto al procedimiento, como se alega en la demanda, esto no es óbice para que sea considerado como un juicio policivo de naturaleza penal, dado que, como ya se analizó, el hecho que dió origen al mismo tipifica una contravención consagrada en los dispositivos ya citados. Que se violó el derecho de defensa o que se pretermitieron las formas propias del juicio policivo penal, como la de conceder el recurso de apelación para ante el Alcalde y no para ante el Gobernador

o Director de Justicia del Departamento, son circunstancias que han debido plantearse oportunamente dentro de dicho diligenciamiento".

Esta Sala no comparte las apreciaciones que consigna el Tribunal en la providencia que se revisa.

En efecto, el artículo 82 del C.C.A., en su inciso final dice que: "La Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil...".

El señor Inspector de Planeación Municipal de Bucaramanga en uso de las facultades que le confieren los Acuerdos 0003 de 1982 y 018 de 1983, en providencia No. 522 del 29 de julio de 1985, ordenó la demolición de las columnas que se encontraban fuera del paramento oficial de la construcción que se adelantaba en lote de propiedad de los demandantes por violación de los acuerdos metropolitanos antes citados. Fijó un plazo de diez días para la demolición conminándolos con multa de $500.000.oo en caso de incumplimiento de la orden, sin perjuicio de que la reparación la realice la Administración a costa del contraventor, haciéndose efectivo por la vía de la Jurisdicción coactiva si aquél no pagaba.

Esta determinación se tomó, según se deduce del mismo acto, en virtud del informe del señor Auxiliar Técnico del Departamento Administrativo de Planeación Municipal quien procedió a sellar la obra que ejecutaban los demandantes por construir fuera del paramento oficial, en síntesis, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Con base en la documentación adjunta, el despacho procedió al abrir la correspondiente investigación dictando auto cabeza de proceso.

"El arquitecto Jefe de la División Control de Planeación Municipal a folio 15 informa que el caso del señor Victoriano Gallo, de la calle 97A con carrera 33, se debe ordenar la demolición de las columnas que están fuera de paramento de acuerdo a informe anexo.

"El arquitecto Roberto Diego Serpa, de División de Arquitectura y Urbanismo de Planeación Municipal, dice a folio 17 y 18: "Respecto a la demarcación en referencia le comunico lo siguiente: en agosto 1979, se aprobó el proyecto de la Calle 97A –peatonal–. Las demarcaciones que se dan están referidas a los proyectos de vía y loteos aprobados que reposan en los archivos topográficos demarcados. Como se aprecia en el plano los puntos de referencia están dados por los muros actuales de la casa antigua esquinera (carrera 33 y calle 97A peatonal, los cuales marcó en rojo). El espacio público es el definido por el proyecto de la calle 97A, el espacio privado es del paramento al interior del predio

(sic). La demarcación dice que se debe "conservar 6.00 mts., de vía", la aprobacción de planos DCNo. 496 dice: "conservar paramento actual"; la licencia de construcción DC No. 069, dice también textualmente: conservar paramento actual. "*En la obra se observó lo siguiente: hay cuatro columnas fuera de la línea del muro anterior una de ellas está aproximadamente (3.00 mts), fuera de paramento*". El subrayado es nuestro (sic). Continúa el informe: "En el plano aprobado el proyectista, se toma la libertad de "Diseñar" la calle 97A , según se acomode a la obra, sin importarle lo que suceda al predio 01-4-231-010 (El esquinero) y al predio de enfrente perteneciente a Florida siendo que la única Entidad facultada para diseñar las vías es el D.A.P.M.".

"Por lo anterior se colige que el constructor o propietario de la obra que hemos venido refiriendo violó lo dispuesto en el artículo 590 del Acuerdo Metropolitano 0003 de 1982, cuando expresa: "la Administración impondrá las sanciones que prevé la ley y el presente Acuerdo en las siguientes circunstancias:...".

"Oído en exposición el señor Victoriano Gallo García, el día cuatro de julio del año en curso, manifestó ser el propietario de la obra que se adelanta en la calle 97A No. 33 impar y que la misma se inició de acuerdo a los planos que Planeación Municipal le había aprobado...".

Resulta claro entonces que la medida de policía en cuestión no se tomó propiamente como consecuencia de querella instaurada por un ciudadano en particular personalmente afectado por las deficiencias de la obra que adelantaba el señor Gallo, sino en virtud de informe oficial sobre pretermisión de los parámetros señalados para la misma. Y sin necesidad de realizar un profundo análisis es fácil establecer que por lo general, y salvo contadas excepciones, el órgano competente para imponer sanciones como a las que se contrae la resolución acusada, es la propia autoridad administrativa encargada de la prestación del servicio, a través de una actuación igualmente administrativa que no tiene en modo alguno las características de un juicio así esté precedida de una especie de proceso, no pudiéndosele motejar de proceso de naturaleza policiva penal porque las infracciones según se colige de los acuerdos 003 de 1982 y 018 de 1983 han sido instituidas únicamente con el fin específico de asegurar el cumplimiento cabal de ellos, reprimiento las conductas contrarias a sus ordenamientos sin estar orientados a la eliminación de perturbaciones a la seguridad, tranquilidad, salubridad o moralidad públicas.

Por manera que es de la misma normatividad de donde deben extraerse los criterios para calificar una contravención de policía o de motejarla de una simple infracción administrativa. Las primeras suelen ser consideradas como tales en los reglamentos especiales de policía en orden a prevenir y eliminar

las perturbaciones que se presenten a la seguridad, la tranquilidad y la moralidad públicas cuyo juzgamiento se atribuye a las autoridades de policía o a las autoridades administrativas investidas de tal carácter y por procedimientos policivos previstos en esos ordenamientos. Las segundas son las conductas contrarias a la Ley, naturalmente que diferentes a los delitos cuya caracterización sólo busca la prevención o sanción de las conductas de los administrados contrarias al normal funcionamiento y desarrollo de la actividad de la Administración Pública. En estos casos la autoridad administrativa correspondiente impone las sanciones previa una actuación administrativa, que en modo alguno tiene las características de un juicio.

Con toda razón el Consejo de Estado viene diciendo desde el 4 de julio de 1945, que "los actos que están expresamente excluidos del Control Contencioso Administrativo, en virtud del mandato legal transcrito (art. 73 de la Ley 167 de 1941), son los actos jurisdiccionales de policía, que se producen para decidir sobre responsabilidad contravencional en un juicio". (Anales 352-356, p. 151).

Las consideraciones anteriores indican que la sentencia del Tribunal debe ser revocada, procediendo entonces la Sala al estudio del fondo del asunto que se ha planteado por los demandantes.

Como antes se dijo, los actores Victoriano Gallo García y Lucía Fonseca Díaz, con miras a la contrucción de su casa de habitación en lote de terreno de su propiedad presentaron los planos de la misma cuya aprobación obtuvieron el 17 de julio de 1984 bajo el No. DC 496, del Departamento Administrativo de Planeación de Bucaramanga (fl. 102), advirtiéndoseles expresamente que se debía conservar el actual paramento. En la misma fecha obtuvieron la Licencia de Construcción No. DC 069 (fl. 103), existiendo en el cuerpo de la misma la siguiente leyenda: "el proyectista se responsabiliza para que la obra se ejecute de acuerdo a planos aprobados. El Director de la obra debe supervisarla y según su desarrollo llenar la tarjeta rosada. Conservar paramento actual. Conservar el aislamiento posterior y los planteados totalmente libres según planos aprobados".

El 29 de octubre de 1984 la Inspectora Angela Marcela Osorio de la División de Control del Departamento Administrativo de Planeación Municipal practicó visita a la obra adelantada por los demandantes, levantando al efecto el acta de sellamiento No. 1680 por violación a las normas contempladas en el Código de Urbanismo, siendo la causa específica el construirse por fuera del paramento oficial. Dicha acta fue remitida al señor Inspector de Planeación Municipal quien inició y adelantó el procedimiento correspondiente hasta culminar con su resolución No. 522 de julio 29 de 1985, después de establecerse que el constructor o propietario de la obra violó lo dispuesto en el artículo 590 del Acuerdo Metropolitano 0003 de 1982 cuando expresa que "La Administración impondrá las

sanciones que prevé la ley y el presente acuerdo en las siguientes circunstancias: a) Cuando se inicie, culmine o demuele la obra o construcción sin la obtención de la respectiva licencia. b) Cuando se inicie, adelante o culmine obra sin atenimiento a las normas urbanísticas y arquitectónicas vigentes. c) Cuando, habiendo obtenido la licencia correspondiente, se inicie, adelante o culmine obra sin atenimiento a las normas en ella estipuladas. d) Cuando se haga uso indebido de los servicios públicos. e) Cuando se adelante una actividad cuya licencia hubiere caducado y no se hubiere solicitado su renovación oportunamente".

Victoriano Gallo García al fl. 108 vto. dice que la construcción de la casa se inició de acuerdo a la demarcación que Planeación Municipal les dió; que no entiende por qué se dice que la construcción está fuera de paramento, que de acuerdo con la demarcación que le dieron fue ejecutada la obra.

Es cierto que los actores antes de iniciar la obra tenían todos sus documentos en regla; pero al desarrollarla, cuatro columnas de ella quedaron tres metros por fuera del paramento. Al efecto es significativo el Memorando del Arquitecto Roberto Diego Serpa I, para Guillermo Hernández M., del 4 de diciembre de 1984 (fl. 98), referente a la demarcación No. 167. En él se lee textualmente lo siguiente:

"En agosto de 1979 se aprobó el proyecto de la calle 97A –peatonal (le anexo copia). Las demarcaciones que se dan están referidas a los proyectos de vía y loteos aprobados que reposan en los archivos del topógrafo demarcador.

"Como se aprecia en el plano los puntos de referencia estan dados por los muros actuales de la casa antigua esquinera (carrera 33 y calle 97 A peatonal, los cuales marco en rojo).

"El espacio público es el definido por el proyecto de la calle 97A, el espacio privado es del paramento al interior del predio.

"La demarcación dice que se debe "conservar 6.00 mts. de vía"; la aprobación de planos DC No. 496, dice también textualmente "conservar paramentos actual"; la Licencia de construcción DC No. 069, dice también textualmente "conservar paramentos actual".

"En la obra se observó lo siguiente: "hay cuatro columnas fuera de la línea del muro anterior; una de ellas está aproximadamente 3.00 mts. fuera de paramento.

"Las medidas que presenta el arquitecto no coinciden en los diferentes documentos; en la solicitud de demarcación tenemos: Fondo 18.00 y 14.00 mts y frente 7.50 mts, 8.30 mts, estas medidas coinciden con la carta de Catastro.

Pero en la carta de Catastro marcó con resaltador un fondo de 22 mts a 16.60 mts y frentes de 11.50 mts y 10.00 mts. Debe tener en cuenta que las medidas de las cartas catastrales no son muy confiables ya que el levantamiento se hace por cinta; las medidas de certificado de tradición y libertad son las siguientes 7.50 mts. de frente y 22.35 mts de fondo tampoco coinciden, igual el levantamiento presentado por el Proyectista (incluyo copia); y en el alinderamiento el lote figura como rectangular (7.50 en ambos lados menores y 22.35) si esto fuere así se incluiría parte del predio 011, lo cual indica que no hubo reloteo. Y si el predio tenía los 22 metros, se ha debido ceder lo correspondiente a la Calle 97A.

"En los planos que se aprobaron los fondos son 21.00 y 16.60 mts. respectivamente; tal como aparecen en la demarcación. Como los topógrafos demarcadores no pueden constatar exactamente el fondo, sino que se guían por lo que afirma el solicitante en la solicitud de la demarcación, por lo tanto se presentó el problema".

Alvaro Quiñones Morales, delineante de Arquitectura a fl. 156 dice que fue quien elaboró los planos para la construcción del actor en asocio del arquitecto Ricardo Escorcia Cárdenas, sujetándose a las normas de Planeación y al Código de Urbanismo. Manifiesta que la obra no estaba por fuera del paramento porque los planos fueron confeccionados de acuerdo a demarcación expedida por Planeación Municipal. Que la obra está situada en el Barrio "La Pedregosa" en la calle 97A con carrera 33 en los límites entre Bucaramanga y Floridablanca. Que el problema tuvo ocurrencia por la proyección de una vía que no existía, pues si Planeación hubiera tenido conocimiento de esa vía peatonal, no hubiera aprobado los planos.

Emiro Castilla Rincón al fl. 157 dice que no le consta nada sobre los hechos a que se contrae la demanda.

Ricardo Escorcia Cárdenas, Jefe de Planeación de Florida Blanca (fl. 158) expresa que asesoró a Victoriano Gallo García en la construcción y que se le selló la obra por una contradicción en la demarcación que es el documento básico para la aprobación del proyecto de dos pisos. Planeación de Bucaramanga expidió primeramente una demarcación para ese predio con base en una carta catastral elaborada a cinta métrica, que contradecía a otra carta catastral posterior, lo cual originó la parálisis de la construcción. En el sitio se hicieron las mediciones de acuerdo con la primera carta, pero los funcionarios de Planeación requirieron en el sentido de que la demarcación no estaba correcta porque ya había aparecido otra carta catastral que contradecía la primera. Atribuye a falta de cuidado del Departamento de Topografía de Planeación al no revisar todos los documentos pertinentes al caso antes de expedir la aprobación de la demarcación que en principio se había hecho sobre la base de una carta catastral y posteriormente

refutarse la misma aduciendo una carta nueva que igualmente debía reposar en los archivos.

El Arquitecto Roberto Diego Serpa Isaza (fl. 159) funcionario de la División de Arquitectura y Urbanismo de Planeación Metropolitana, tuvo conocimiento del caso por una solicitud del jefe de la División de Arquitectura y Urbanismo de Planeación quien le presentó los documentos del caso para analizar si la obra estaba dentro de las normas urbanísticas en lo referente a paramentos y encontró que en ninguno de los documentos coincidían las dimensiones tanto en la descripción de la escritura, la carta catastral y el loteo existente. Visitó el lugar y analizó el paramento existente antes de iniciar la construcción; el plano que presentaba el proyectista no coincidía con el trazado urbano del sector, presentando un ángulo como de treinta grados respecto a la dimensión mayor del lote, y estaba desviado respecto al frente del lote existente, o sea el muro de cerramiento. Al constatar con el diseño de la vía apreció que evidentemente la construcción existente en el momento o sea las columnas, ocupaban la mitad de la vía trazada, de la vía diseñada en el caso de la columna más extensa. Por manera que al estar las columnas por fuera del muro antiguo era evidente que estaban fuera del paramento, o sea que se estaba construyendo sobre el espacio público que en una vía de 6 metros de ancho, al estar la columna 3 metros salida ocupaba la mitad de la vía, que es especial porque es prácticamente el límite entre los Municipios de Floridablanca y Bucaramanga y tiene un diseño especial de Planeación. Al serle preguntado a este testigo cómo explica que después de que se le hubiera aprobado los planos de lo que sería la construcción que se propuso levantar el actor en el lote de la calle 97A No. 33 impar sin objeción alguna por parte de Planeación, se le hubiera objetado la construcción con el argumento de que estaba construyendo por fuera del paramento oficial, respondió que las medidas de las cartas catastrales son medidas tomadas con cinta, medidas que no son muy confiables; que Planeación siempre ha trabajado del espacio público hacia adentro del lote, o sea desde el eje de la calle hasta el paramento de construcción y de ahí hasta el fondo del lote para evitar los errores de medidas que se presentan en los casos de construcciones antiguas. Que al verificar la localización con su trazado de la calle 97A, con el trazado oficial, se aprecia que no coinciden pues la persona que construyó las bases del paramento sobre la vía hacia el interior y las diferencias de áreas de espacios que encuentre, las ajusta en el fondo.

En el caso presente se construyó de la medianía hacia afuera, presentándose el caso de la salida de paramento en cuanto a las columnas objeto de la disputa. Expresa igualmente el testigo, que el origen del problema fueron las medidas suministradas a Planeación por parte del proyectista, que no estaban de acuerdo con el tamaño real del lote y que el mismo proyectista en el plano que presentó para la aprobación no presentó el paramento actual u original marcado sobre el plano de la construcción. Al estar incrementándose las medidas del lote y las

medidas aprobadas en el plano, agrega, y al aceptarse el proyecto desde el interior del predio era evidente que no podía caber en un lote menor y el funcionario que aprobó el plano confió en la buena fe de la persona que presentaba el plano en cuanto a dimensiones. Y concluye el declarante: "El compromiso de la persona que construye con respecto al Departamento Administrativo de Planeación en cuanto al hecho de construir, lo define la licencia de contrucción y la construcción debe regirse por las observaciones de la misma licencia de construcción; en el caso del señor Victoriano Gallo, al construir y por todos los errores que existen en cuanto a dimensiones, presentó parte de su obra fuera del paramento actual como lo dice o al contrario de lo que dice la licencia respectiva, por consiguiente al estar ocupando una vía o espacio de uso público, fue efectuado el sellamiento".

Eduardo Garzón Prada, constructor, al fl. 162 manifiesta que tomó medidas por los paramentos actuales, distribuyó el terreno y empezó bases de acuerdo con los planos y el terreno. Dice que posteriormente llegó una funcionaria de Planeación que le pidió parara la obra o que de lo contrario se vería en la obligación de sellarla. El 16 de diciembre la misma doctora selló la obra que esta ubicada no en la calle 97A sino en la 98 con carreras 33 y 34.

La diligencia de Inspección Judicial realizada el 30 de abril de 1986 pocas luces arroja sobre el caso de autos. Y el dictámen rendido por los peritos (fls. 192 y ss) tampoco arroja mayor claridad, siendo confusos los criterios expuestos en torno del interrogatorio formulado para el efecto. Basta observar por ejemplo, que no obstante decir los peritos que "en ningún momento ha sido demarcada sobre el terreno, la calle 97A. En la demarcación No. 167 del 23 de mayo de 1984 , en el ítem "RETROCESO" no aparece seción (sic) de zona para futura calle; de esta vía existe un plano realizado por Planeación Municipal, desde agosto de 1979, que es el mismo que aparece en el proceso y que obligará a todos los propietarios a hacer seciones (sic) de zona con el Municipio, para poder ejecutar dicha vía", más adelante expresan: "Si se construyó de acuerdo a los planos aprobados por el D.A.P.M., al no existir según la demarcación No. 167 en el ítem "RETROCESO", por ningún costado, el propietario consideró que la vía peatonal calle 97A, continuaba de acuerdo con los planos aprobados y que en ésta forma cumplía con la vía de seis (6) metros, que aparece en la demarcación número 167".

Para la Sala el alegar la inexistencia de la Calle 97A es tanto como decir, según criterio del señor Fiscal del Tribunal, que el lote está ubicado en la carrera 33 cuando en la misma escritura de adquisición se le está situando en la calle 97A No. 33 impar con carrera 33, de donde se colige que no puede alegarse ignorancia de la existencia de dicha vía, porque la misma ubicación del bien lo recuerda abiertamente.

Dentro de un examen crítico de los testimonios que como elementos de prueba se han aportado al proceso, algunos de ellos son deshilvanados, imprecisos y divergentes, frente a otros que son claros en relación con hechos que les son conocidos por encontrarse habituados a ellos en razón de las mismas actividades profesionales de los deponentes, constituyendo conceptos importantes y pertinentes frente a otros que dispensan más su atención al azar de impresiones extrañas o ajenas, que en verdad no les consta, o motivos superficiales que han formado en ellos una gran opinión personal adoptando la de otros.

Es sabido que el juzgador no puede juzgar según sus sentimientos y apariencias exteriores, puesto que las cosas suelen ser muy distintas de lo que la primera impresión las hace suponer. Por eso para la Sala tiene gran mérito probatorio el testimonio del Arquitecto Diego Serpa Isaza, conocedor profundo del problema suscitado con la construcción del actor, y quien haciendo gala de conocimientos técnicos en la exposición, explica en todos sus pormenores la situación planteada con el desconocimiento de los paramentos cuyo respeto se había exigido desde el principio. Y frente a la imprecisión e inseguridad de los demás deponentes, bien puede concluirse que quienes incumplieron los requisitos exigidos por las normas del Urbanismo Metropolitano de Bucaramanga, fueron los demandantes que no conservaron en la obra los paramentos, los seis metros de vía señalados al aprobarse la correspondiente licencia de construcción.

Y no entiende la Sala como frente a la realidad probatoria que pregona el expediente, pueda afirmarse que se violaron las normas de orden superior que se indicaron en la demanda. El artículo 16 de la Constitución Nacional señala a las autoridades una misión en el orden valorativo como es proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, así como la de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales que surgen de las relaciones entre el Estado y los particulares. El artículo 26 del mismo estatuto que consagra el principio del debido proceso, al cual indudablemente se ajustó la inspección de Planeación Municipal de Bucaramanga como claramente se aprecia en todos los antecedentes administrativos contenidos en el expediente. Y el artículo 30, que habla de derechos adquiridos no desconocidos en modo alguno en la actuación gubernativa. El artículo 669 del C. Civil consagra el derecho de propiedad de las cosas, derecho que necesariamente incluye la facultad de usarlos libremente, pero naturalmente que siempre y cuando se haga dentro de la ley y de modo que no se perjudiquen los derechos de los demás.

Tampoco entiende la Sala el motivo de la invocación como violados de los artículos 30 y 50 de la Ley 58 de 1982 y 2°, 3° y 50 del C.C.A., que señalan normas de comportamiento administrativo, a las cuales se ajustaron las autoridades de Planeación Municipal de Bucaramanga según se ha explicado.

El artículo 220 del Código Nacional de Policía atribuye competencia a los Alcaldes para conocer de faltas por las que sean aplicables medidas correctivas como la demolición de obra. En el caso presente la Resolución No. 522 de 1985 que dispuso la demolición de las columnas que se encontraban por fuera del paramento oficial, la dictó el señor Inspector de Planeación Municipal facultado para ello por el Acuerdo No. 018 de 1983 en su artículo 3° y, obviamente, la segunda instancia correspondería al inmediaro superior, en este caso el Alcalde Metropolitano de Bucaramanga, ajustándose en esta forma el procedimiento en toda su extensión a derecho para agotar la vía gubernativa.

Y mal puede decirse que se violó el artículo 228 del C. Nacional de Policía puesto que la imposición de las medidas correctivas de demolición de las columnas se hizo mediante resolución escrita y motivada, pronunciada después de oirse los descargos de los demandantes y de examinarse las pruebas aducidas.

Las normas del Código de Policía de Santander no eran aplicables en el caso de autos, porque el procedimiento a seguir era el señalado en los Acuerdos Números 003 de 1982 y 018 de 1983 conforme el artículo 3° del Acuerdo últimamente citado. Se rige pues el problema del actor por el Código de urbanismo del Area Metropolitana de Bucaramanga.

Por último, no se ve razón alguna para que se citen normas del Código de Urbanismo del Area Metropolitana que hace algunas definiciones sobre el particular, máxime que la sanción impuesta a los demandantes fue porque se violaron los artículos 590 y 597 del Acuerdo 003 de 1982 al construirse sin tenerse en cuenta las previsiones y requisitos señalados por el Departamento de Planeación al aprobarse los planos y otorgarse la correspondiente licencia de construcción, como con toda claridad se explica en los actos acusados. En desarrollo de la construcción se avanzó varios metros sobre la calle 97A que se tenía proyectada desde el año de 1979 y en la licencia se especificaron las líneas de demarcación de los municipios de Bucaramanga y Floridablanca. Consecuencialmente, al desconocerse las exigencias de Planeacion era apenas lógico el procedimiento de la Inspección de Planeación concretado en el sellamiento y posterior demolición de la obra.

En el procedimiento, se repite, no se desconoció el derecho de defensa de los demandantes quienes por lo demás, se mostraron negligentes frente a los requerimientos que se les hicieron para hacerse presentes en la actuación, como con toda nitidez se aprecia en autos. Y el funcionario siguió el procedimiento señalado en los acuerdos tantas veces citados hasta agotar debidamente la vía gubernativa en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 3° del Acuerdo 018 de

1983 que dice:"Facúltase a la Inspección de Planeación Municipal para que dé cumplimiento a las sanciones previstas en el presente acuerdo y las contempladas en el Código de Urbanismo Metropolitano".

Por disposición de la Sala, el 14 de junio de 1989 y con el fin de aclarar puntos dudosos u oscuros de la controversia, se decretó la práctica de una inspección judicial "en el sitio donde conforme las constancias procesales, habría de construirse el inmueble de los demandantes en la ciudad de Bucaramanga, concretamente en la calle 97A con carrera 33 impar, para verificar todos los hechos y circunstancias que determinaron la expedición de los actos acusados". Dicha diligencia no pudo ser practicada por la Sala como se habia dispuesto inicialmente, sino por el Tribunal Administrativo de Santander, pues así se solicitó por la parte demandante que dijo encontrarse en precaria situación económica. En el acto de la diligencia el Magistrado que la practicó, puso en conocimiento del Dr. Francisco Martínez Galvis, quien prestó asesoría técnica como funcionario del Instituto Agustín Codazzi, los puntos materia de la Inspección. El Magistrado dejó constancia así mismo en la diligencia, que el lote y la construcción que en él existe se encuentran actualmente ocupados por un taller de reparación de automotores. Y dentro del término que se le fijó al asesor técnico, de acuerdo con lo solicitado certificó lo siguiente:

"Son cuatro puntos que puedo resumir e ir respondiendo, así:

"1. Que se precise si se encuentra demarcada de manera exacta y suficiente la calle 97A.

"– No está demarcada en ningún trayecto a partir de la carrera 33 hacia el Oriente.

"2. Que se conceptúe si el señor VICTORIANO GALLO GARCIA construyó en dicho lote con sujeción a los planos aprobados por Planeación Municipal.

"– Si construyó con sujeción a lo aprobado por Planeación Municipal y en la actualidad la obra se encuentra paralizada en su totalidad.

"3. Que se conceptúe si la parte de la obra que no tuvo que ser demolida puede mantenerse o utilizarse funcionalmente para proseguir con base en ella la construcción propuesta.

"– No puede mantenerse el mismo proyecto, al reducir medidas y al haber demolido algunas columnas como en la actualidad se observa, implicaría un nuevo diseño de construcción.

"4. Que manifieste si la construcción fue hecha por fuera del paramento oficial.

"– Si, en la carta catastral que anexó al presente informe pericial, se observa que se encuentra lo proyectado por fuera del posible paramento, si tomamos como tal la línea de la casa del predio de la Carrera 33 No. 97 - 19 y cuyo número catastral es el 01-4-231-010.

"Observando el plano enviado por Planeación y el terreno, no existe, no puede definirse la demarcación de la línea de paramento proyectado.

"Además de lo anterior este es exactamente el sitio límite entre Bucaramanga y Floridablanca, anexo la carta catastral correspondiente a la manzana 084 en donde se encuentra la Bomba de la Pedregosa Calle 98.

"Finalmente es importante tener en cuenta que el predio lo adquirió el señor Victoriano Gallo García por escritura 3278 de julio 24 de 1984 conociéndose desde esta fecha las medidas del lote en mención para saber si la construcción que se aprobaba tenía cabida o no en dicha área.

"..."

Como bien se ve es poco lo nuevo que se logró con la diligencia decretada, fuera de reconocerse por el técnico del Instituto Agustín Codazzi que asesoró al Tribunal, que de conformidad con la carta catastral, la obra proyectada se encuentra por fuera del posible paramento, cuya línea de demarcación no existe ni puede definirse en el plano enviado por Planeación y el terreno. Así las cosas, tal diligencia sirve de orientación y base a la Sala para una total clarificación de los hechos, pues ciertamente las averiguaciones oficiosas en torno a los hechos que guardaban relación con la controversia planteada en el presente proceso, en verdad solamente condujeron a confirmar los razonamientos que en párrafos anteriores de esta providencia se hacen para demostrar la sin razón de las pretensiones de la demanda. De este modo, no se ha desvirtuado la legalidad que acompaño a los actos acusados.

Y en razón de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el Concepto Fiscal y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 22 de agosto de 1988, y en su lugar, NIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

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

*Víctor M. Villaquirán M.*, Secretario.

**DEMANDA** - Requisitos/ **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Los fallos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa no solamente están alinderados por las peticiones concretas de la demanda, sino principalmente por las normas legales que en ella se citan como violadas, y sustancialmente limitados al concepto de la violación que de tales disposiciones legales exponga el actor. Es tan indispensable que el demandante exprese las disposiciones que considera vulneradas y el concepto de esa violación, que bien podría suceder que al fallar el juicio se encontrara que el acto no es ilegal por aspecto contemplado por el demandante y en cambio sí lo fuera por violar otras disposiciones, o por violar las citadas por él pero en otro sentido, no pudiendo en consecuencia el juzgador declararlo nulo. La sentencia no puede fundamentarse en disposiciones legales no citadas, o en conceptos jurídicos no alegados.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.-* Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Samuel Buitrago Hurtado.*

Referencia: Expediente No. 1175. ASUNTOS MUNICIPALES. Actor: SOCIEDAD ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S.A.

La firma actora, por intermedio de su apoderado judicial ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia 23 de enero de 1989 que fuera proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

## LA ACCION:

Se solicita en la demanda que "se decrete LA NULIDAD de los actos administrativos cumplidos por el señor Alcalde Mayor de Cartagena y el señor Secretario de Hacienda Municipal, violatorios de los derechos que asisten a la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes a obtener de los respectivos funcionarios, la Licencia de Fucionamiento mediante Resolución que así lo disponga, para ejercer su actividad comercial para la vigencia fiscal comprendida entre el 1° y enero (sic) y el 31 de diciembre de 1985, en los Almacenes Sears de su propiedad instalados en esta ciudad desde el año de 1953".

"Que como consecuencia de la nulidad decretada se declare que la Sociedad Andina de los grandes Almacenes S.A., ha cumplido los requisitos exigidos por los Acuerdos Municipales y en consecuencia tienen derecho a que el Municipio de Cartagena le expida por la entidad competente la Licencia respectiva".

La demanda se fundamenta en el hecho de que, no obstante haber presentado la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes ante la Alcaldía Mayor los documentos para obtener la licencia de funcionamiento de acuerdo con las normas pertinentes, dicho despacho no había expedido, hasta la fecha de presentación de la demanda, la resolución respectiva confiriendo la susodicha licencia. Estima la parte actora como violadas más de veintitres normas legales aunque en la parte pertinente no expresa un concepto definido sobre la violación de todas y cada una de dichas disposiciones.

## LA PROVIDENCIA APELADA:

En sentencia del 23 de enero de 1989, el Tribunal *a-quo* al examinar si en el caso bajo su estudio se daban los presupuestos procesales de la acción, determinó que del conjunto de las pruebas constantes en el expediente no se encontraba entre ellas alguna que demostrara el cumplimiento del presupuesto denominado "que se haya agotado la vía gubernativa", "que en tratándose de asuntos municipales bien podría cumplirse en razón a que se sigue el mismo procedimiento gubernativo o sea el regulado en la primera parte del Código Administrativo (artículo 1° del Decreto 01 de 1984), en armonía con el 81 del mismo".

Acoge el Tribunal el concepto emitido por el Fiscal de esa Corporación al expresar que "también se omitió en la demanda otro requisito formal que constituye un presupuesto del proceso cual es, el expresar en forma directa y concreta el concepto de la violación de las normas citadas como violadas, es decir, cual es el motivo o la razón de la susodicha violación, como lo dispone el numeral 4° del artículo 37 del C.C.A.".

Concluye el Tribunal, en consecuencia, que en el caso *sub-judice*, "no se ha agotado la vía gubernativa, lo que implica carencia de derecho para ejercitar la acción y no se cumplió tampoco el otro requisito anotado, por esto el fallo deberá ser inhibitorio". Y en ese sentido se define al fallar que "no hay lugar a pronunciamiento de fondo".

## LA APELACION:

En libelo constante a folio 175 del expediente, el representante judicial de la firma actora, apela la decisión tomada por el Tribunal manifestando, con palabras de la Corte según dice, que "el silencio administrativo no es otra cosa que la actitud negativa de la administración al no resolver expresamente una petición, reclamación o recurso interpuesto por un particular o dejar de notificar una resolución y produce como efecto jurídico que para la interposición de un ulterior recurso, el particular se encuentra como si su petición o reclamación hubiera sido resuelta en sentido desestimatorio". Complementa el apelante su memorial con una aparente cita de una jurisprudencia del Consejo de Estado, sin comillas, atribuida a una sentencia de esta Corporación del 10 de agosto de 1982, expediente 10.826 cita que, confrontada con los originales correspondientes, no corresponde a la realidad. Sobre el cargo de carencia de los presupuestos procesales propios de la acción, nada dice el apelante.

## CONCEPTO DE LA FISCALIA:

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en su oportunidad, manifiesta que, en aplicación del inciso primero del artículo 40 del C.C.A., en el caso presente se produce la ficción de un acto administrativo negativo, el cual permite al actor acudir ante los jueces administrativos ya que aquí se dan las circunstancias de configuración del silencio administrativo al haber transcurrido un plazo mayor al de tres meses del que señala el artículo 40 del Decreto 01 de 1984 desde la fecha de la solicitud de la licencia de funcionamiento hasta la fecha de presentación de la demanda. Dice finalmente que no comparte la decisión inhibitoria y propone, en cambio, revocar la providencia para que se produzca una decisión de fondo.

Para resolver,

## SE CONSIDERA:

Bastaba al Tribunal para la decisión del presente asunto detenerse en el análisis de los presupuestos procesales de obligatorio cumplimiento en esta jurisdicción, para percatarse fácilmente, ya que no lo hizo en el momento de la

admisión de la demanda, de que ésta no satisfacía a plenitud los ordenamientos de ley.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen establecido que en dos oportunidades compete y es obligatorio estudiar si se cumplen o no los presupuestos procesales: a) en el momento de admitirse la demanda y b) en el momento de producirse el fallo de fondo. De suerte que si en la primera oportunidad se desecha u omite, u olvida o se incurre en una inexacta apreciación, se puede enmendar la omisión o el error en la segunda.

El artículo 137 del C.C.A., al hablar del contenido de la demanda expresa que toda la que se presente ante esta Jurisdicción debe contener entre otros requisitos, "4) 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".

Las exigencias previstas en la norma citada siempre las ha estimado el Consejo de Estado no como simples requisitos procesales, sino como elementos esenciales de la demanda en forma; como presupuestos de toda demanda que se formule ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en forma tal que al faltar uno de ellos o ser deficiente el libelo en cuanto a uno de ellos, mal puede dársele curso por mandato del artículo 143. Y si por falta de análisis se admite y se le da curso al juicio, no podría dictarse sentencia de mérito porque surgiría un medio exceptivo. Los fallos en esta jurisdicción no solamente están alinderados por las peticiones concretas de la demanda, sino principalmente por las normas legales que en ella se citan como violadas, y sustancialmente limitados al concepto de la violación que de tales disposiciones legales exponga el actor. Es tan indispensable que el demandante exprese las disposiciones que considera vulneradas y el concepto de esa violación, que bien podría suceder que al fallar el juicio se encontrara que el acto no es ilegal por el aspecto contemplado por el demandante y en cambio sí lo fuera por violar otras disposiciones, o por violar las citadas por él, pero en otro sentido, no pudiendo en consecuencia el juzgador declararlo nulo. La sentencia no puede fundamentarse en disposiciones legales no citadas, o en conceptos jurídicos no alegados. De allí que la exigencia del numeral 4° del artículo 137 del C.C.A. sea esencial en la demanda ante estos Tribunales.

Analizando la demanda presentada por la Sociedad "Andina de los Grandes Almacenes S.A." por conducto de apoderado, se observa que el requisito analizado se omitió tal como lo detectó el señor Fiscal del Tribunal en su momento, pues se citaron anárquicamente una serie de disposiciones como violadas por el acto ficto o presunto demandado, originario de la Alcaldía Mayor de Cartagena, sin que en verdad en forma técnica y ordenada el demandante hubiera expresado la causa, la razón o los motivos de la violación de ellas, esto es, hubiera expresado

el concepto de la violación. Los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y "siguientes" en lo pertinente del Acuerdo número 20 de 1982; 1°, 2°, 7°, 9°, 11, 22, 32, 37, 39, 79, 80, 81, 82, 85, 89, 105 del Acuerdo No. 50 de 1983 del Concejo Municipal de Cartagena, son las disposiciones que se indican como violadas, con relación a las cuales en el párrafo del concepto de la violación nada se dice en particular como para estimarse satisfecho ese requisito.

La falla antes anotada impedía una decisión de fondo de la controversia planteada, pues ella configuraba una ineptitud de la demanda, conclusión a la cual llegó el Tribunal pero sin darle la connotación procesal que realmente tiene la omisión que aquí se ha analizado. Por ello es apenas lógico no acoger la solicitud de infirmación de la sentencia que hace el recurrente, sino por el contrario respaldarla por estar ajustada a derecho.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**CONFIRMASE** la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 23 de enero de 1989.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 31 de enero de 1990.

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

*Víctor M. Villaquirán M.*, Secretario.

**RECURSO DE APELACION** - Objeto

**La apelación tiene por objeto corregir "efectivamente" los errores judiciales por parte de un funcionario de superior jerarquía jurisdiccional de quien profirió la decisión recurrida, quedando éste obligado a dar cumplimiento a lo decidido por el superior.**

**EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/ REGIMEN PRESTACIONAL/ PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO**

**No es posible jurídicamente hacer cumplir una disposición que muestra en forma evidente su oposición con el precepto constitucional. Porque una cosa es que se establezca que solo al legislador le compete determinar el régimen prestacional en las personas jurídicas públicas y otra muy distinta y contraria a lo anterior es que un simple acuerdo de entidad universitaria, en su carácter de establecimiento público del orden nacional, se arroge la misma facultad y en tal virtud disponga del presupuesto a aquélla asignado.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.-* Bogotá, D.E., veintiseis (26) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 1108. Actor: Fondo de Asistencia Social de los Empleados de la Universidad Tecnológica de Pereira y la Asociación Sindical de profesores Universitarios –Seccional Risaralda– (ASPU).

El Fondo de Asistencia Social de los Empleados de la Universidad Tecnológica de Pereira (FASUT) y la Asociación Sindical de Profesores Universi-

tarios, Seccional Risaralda (ASPU), por intermedio de apoderado judicial debidamente constituida, interponen recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, el día 11 de diciembre de 1986 y por la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

## LA DEMANDA:

Relata el actor lo siguiente:

1. La Universidad Tecnológica de Pereira expidió el 13 de marzo de 1981, el Acuerdo 00005, mediante el cual ordenó aportar al Fondo, a partir del 1o., de enero de 1981 el seis (6%) por ciento "del sueldo (sic) total mensual del personal docente".

2. El fondo fue creado en 1975 por la Universidad Tecnológica de Pereira y la Asociación Sindical de Profesores Universitarios, Seccional Risaralda, para prestar servicios médicos a los trabajadores y sus familiares. El Fondo es persona jurídica.

3. El Acuerdo tuvo cumplimiento hasta marzo de 1983.

4. La cesación de pagos ha causado graves perjuicios a los usuarios del servicio.

5. Los interesados han llevado a cabo las reclamaciones administrativas correspondientes sin ningún resultado.

6. Por el concepto anterior la deuda total asciende en el mes de julio de 1985 a CINCUENTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS ($ 50.979.944.31).

7. Todo sindicato de trabajadores puede representar procesalmente a los agremiados.

En relación con los hechos el actor discurre que el Acuerdo 00005 de 1981 constituye una decisión ejecutoria cuyo cumplimiento es la exigencia de sumas de dinero y del cual la administración no puede sustraerse pues se trata de un acto administrativo de contenido particular, concreto y subjetivo. La demanda que intentó el actor fue la de reparación directa y cumplimiento regulada por el Código Contencioso Administrativo, art. 86.

Dentro de las pretensiones el actor solicita la declaración de que la entidad demandada adeuda sumas de dinero en virtud del incumplimiento en el pago de los aportes y la correspondiente condena en costas.

## CONTESTACION DE LA DEMANDA:

Tras de examinar uno a uno los hechos de la demanda, la institución demandada afirma que no es cierto que la Universidad haya hecho el reconocimiento mensual en favor del actor hasta marzo de 1983 pues ello ocurrió sólo *hasta septiembre de 1982*. A partir de octubre del año mencionado, la Universidad tomó la decisión de no seguir pagando el auxilio.

Respecto de la presentación extemporánea de las cuentas de cobro implican aceptación de la suspensión del pago de auxilio. Censura en la demanda la sola mención de varios preceptos del C.C.A., sin comprobar que en la conducta negativa, la Universidad haya incurrido en violación de los mismos y sin dar la razón jurídica de ello.

Admite que la institución demandada no autorizó el pago reclamado porque "hizo uso de la excepción de inconstitucionalidad y de ilegalidad, correspondiente a los mandatos constitucionales derivados de los artículos 20, 21 y 216, y al señalado en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887" (fl. 147, del cuaderno 1). (La subraya se halla en el texto).

A continuación la institución demandada pasa a demostrar que el mentado Acuerdo 00005 de 1981 viola abiertamente (sic) las siguientes normas constitucionales:

1o. El artículo 76, numeral 9$^{0}$ de la Constitución Política, según el cual compete al Congreso Nacional establecer escalas de remuneración para los empleos del orden nacional.

2o. El artículo 3$^{0}$ del Decreto Ley 1045 de 1978 establece que a los empleados públicos sólo se les pagarán las prestaciones sociales establecidas por la ley.

3o. El artículo 207 de la Constitución Política determina que no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso.

Concluye impetrando la nulidad del mentado Acuerdo 00005 de 1981, que se denieguen las súplicas de la demanda y se declare que se produjo la caducidad de la acción por la fecha en que comenzó a ocurrir el hecho de la administración y cuando se intentó la demanda, ante el Contencioso Administrativo.

## ALEGATOS DE CONCLUSION:

El actor examina cada una de las implicaciones de la demanda y las incidencias ocurridas dentro del proceso. Tras una síntesis histórica del problema

planteado afirma que, por primera vez en el mes de marzo de 1984 la Universidad manifiesta que se halla en imposibilidad de atender el pago del aporte según el Acuerdo 00005 de 1981 por no tener partida presupuestal ni disponibilidad de tesorería; en mayo de 1985 la Universidad reconoce que seguirá pagando la suma de $500.000.oo pesos con destino al Fondo y $600.000.oo a partir del momento en que adquiera personería jurídica.

Por otra parte, alega el actor que el aporte reconocido no tiene carácter de prestación social y que no es cierto que para haber sido legal el reconocimiento de los aportes ha debido intervenir forzosamente el Congreso Nacional.

A lo anterior agrega el actor que el Acuerdo incumplido es un acto administrativo y "*los actos administrativos* –afirma– *serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*" (subraya el actor), con lo cual censura la Dirección Administrativa de aplicar una presunta excepción de inconstitucionalidad para dejar sin efecto lo ordenado en Acuerdo 00005 de 1981. Arguye además que la administración universitaria no habría podido tampoco recurrir a la revocación directa del acto por cuanto "los actos de carácter particular y concreto o *en los que haya reconocido un derecho de igual categoría*, no podrán ser revocados sin el consentimiento EXPRESO Y ESCRITO del respectivo titular" (fl. 239 del cuaderno 1).

Además, el Acuerdo 00005 de 1981, expedido por la Universidad Tecnológica de Pereira, tiene el carácter de actos administrativos en firme, amparado por la presunción de legalidad y que ha tenido cumplimiento parcial de lo cual se ha beneficiado la entidad en cuyo favor se estableció.

En relación con el cargo de inconstitucionalidad o ilegalidad que hace la institución demandada, el actor sostiene que no se puede hablar de inconstitucionalidad de un acto administrativo particular y concreto porque aquella resulta de una comparación entre la Constitución Política y la ley; en cambio el acto puede ser violatorio de normas inmediatamente superiores, de donde el Consejo de Estado, en sentencia de septiembre 25 de 1961, sostuvo que hablar de excepción de inconstitucionalidad de un acto administrativo subjetivo equivaldría a darle a este categoría de ley lo que resultaría insólito (fl. 242, cuaderno 1).

En relación con la caducidad de la acción sostiene el actor que si se tiene en cuenta la fecha de presentación de la demanda (febrero 28 de 1986) y la fecha del último mes pagado (febrero 28 de 1983) se habría ejercido la acción dentro de la oportunidad que establecía el Decreto Ley 528 de 1964, modificatorio del antiguo Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), artículo 28, esto es, dentro del término de tres años. Como lo ha establecido la ley, cuando se trata de prestaciones periódicas los términos de caducidad se tienen en cuenta según

el vencimiento de cada obligación, por lo que tampoco se habría efectuado la caducidad. Finalmente, si se tiene en cuenta el término de caducidad establecido por el nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984) de dos años, estos no se habrían cumplido si se tiene en cuenta que comenzó a correr el 1o., de marzo de 1984 y la demanda se presentó el 28 de febrero de 1986.

En relación con la procedencia de la acción de reparación directa e incumplimiento alega el actor que tal acción "está consagrada para reparaciones o cumplimientos (sic) originados en situaciones voluntarias o involuntarias de la administración, pero no es menos cierto que la Jurisdicción Contencioso Administrativa debe impartir justicia por mandato constitucional en todos los casos que eson de su competencia (art. 141 C.N.) que en su numeral 3° dice que son los que le asigne la Ley" (fl. 250, cuaderno 1).

Luego agrega:

> "Así las cosas, la parte demandante, sujeto activo de una relación crediticia, solicita el cumplimiento de un deber que la administración voluntaria de la administración, capaz de producir efecto en derecho (art. 83, ib) o, incluso si se quiere, fundados en la situación fáctica del incumplimiento lo cual es, en esencia, la hipótesis del art. 86 C.C.A.," (fl. 250 cuaderno 1).

Pasa enseguida el actor a referirse a la prueba pericial sobre el monto de la obligación institucional respecto del Fondo demandante. De lo anterior concluye que la Universidad adeuda al actor la suma de $57.803.323, diferencia entre los pagos efectivamente hechos y lo dispuesto en el Acuerdo 00005 de 1981.

Por último, el actor se refiere a la naturaleza jurídica del Fondo y de la posibilidad real de recibir aportes de la administración pública. Con fundamentos legales ofrece los siguientes:

1. Artículos 373 y 414 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Régimen de las instituciones de utilidad común, cualquiera que sea la denominación que adopten, cuyo reconocimiento jurídico se ha debido a la imposibilidad del Estado para prestar ciertos servicios que le corresponden; de donde surge la licitud de los aportes, auxilios o subvenciones del Estado a tales instituciones.

3. Ley 93 de 1933, arts. 7° y 10, en relación con los aportes destinados a tales entidades.

4. Decreto 54 de 1974, art. 3°.

5. Decreto Ley 130 de 1976 en relación con instituciones de participación mixta, esto es con aportes estatales y de los particulares.

En síntesis, la administración no intentó ninguno de los procedimientos para dejar sin efecto un acto, que según ella es ilegal, como sería proceder a revocarlo directamente, claro que con observancia de las exigencias legales para ello o intentar demanda de nulidad ante la jurisdicción competente, pero absteniéndose al mismo tiempo de darle cumplimiento.

Por su parte, la entidad demandada descorrió el traslado para alegar en conclusión, en los términos que, en forma sucinta se presentan a continuación:

1o. La institución actora no hace parte de la estructura orgánica de la Universidad Tecnológica de Pereira; no es, en consecuencia, unidad administrativa a través de la cual se cumplan funciones administrativas, a cargo de la e ntidad en cumplimiento de la ley.

2o. Los profesores de la Universidad tienen el carácter de empleados públicos y se hallan vinculados gremialmente a la Asociación que figura también como actora.

3o. El Ministerio del Trabajo reconoció a la Asociación Personería Jurídica con la advertencia de "...que los profesores oficiales afiliados al sindicato, se rigen por lo establecido en el capítulo IX, artículo 414 y stes, del Código Sustantivo del Trabajo" (fl. 261, cuaderno 1).

4o. El Consejo Superior que autorizó el Acuerdo No. 005 de marzo 13 de 1981 estaba integrado irregularmente, violando el artículo 57 del Decreto 080 de 1980. En éste se dice quienes lo integran y en el 58 que lo preside "el Ministerio de Educación Nacional o su representante..." En su ausencia presidirá el miembro designado por el Presidente de la República". (La Universidad es establecimiento público del orden nacional). (fl. 262, cuaderno 1).

5o. El Acuerdo 005 de 1981 fue autorizado por el Vicepresidente del Consejo Superior, sin facultades para ello.

6o. El Acuerdo 006 (sic) de marzo 123 de 1981 tuvo origen en un pliego de peticiones de la asamblea general de profesores.

7o. La Presidencia de la República dió la orden de aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

8o. La administración del Fondo desde junio de 1980 quedó en manos de profesores y trabajadores sin ninguna injerencia en la Universidad.

9o. La Universidad pagó el aporte del 6% hasta el mes de septiembre de 1982.

10. La Universidad no pagó a partir del mes de octubre de 1982, a pesar de que el actor presentó oportunamente las cuentas.

11. Ante la negativa de la Universidad, el Fondop no volvió a presentar cuentas, a partir de enero de 1983, "como era costumbre" (fl. 263, cuaderno 1). En octubre 26 de 1983 presenta las cuentas correspondientes de enero a agosto de ese año y en diciembre, las de agosto a diciembre de 1983. A lo anterior agrega la entidad demandada:

"En junio de 1984, folio 70, la de enero a marzo de 1984; en septiembre 18 de 1985, las de abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 1984, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 19085, ver folios 54 a 69 cuaderno número 1.

"*La universidad nunca tramitó ni pagó esas cuentas*" (fl. 264, cuaderno 1) (subraya la Sala).

12. Según comprobantes, la Universidad sólo pagó hasta septiembre de 1982. "También muestra que de ahí en adelante la Universidad hizo transferencias pero por mandatos de otros actos administrativos del Consejo Superior, diferentes al Acuerdo 005-81, que fueron los oficios (sic) 05127 de marzo 27 de 1984 y 012240 de mayo 17 de 1985" (fl. 264, cuaderno 1).

13. En marzo de 1984, el Consejo Superior determinó que el auxilio sería de $400.000.oo pesos mensuales, debido a que "la Universidad no está en condiciones por tener partida presupuestal suficiente ni disponibilidad de tesorería, de transferirle al FASUT (Organismo demandante) el equivalente al 6% dsel valor de la nómina" (fl. *loc. cit*).

14. En abril de 1985, el Consejo Superior determinó que el auxilio se elevaba a $500.000.oo mensuales y a partir del mes siguiente, a $600.000.oo, en que el Fondo obtuviera personería jurídica.

15. Contra lo decidido en los ordinales 13o., y 14o., las entidades demandantes no interpusieron ningún recurso.

16. El sindicato de profesores ejerció presiones sobre la Universidad para que sus pretensiones fueran concedidas.

17. El Fondo efectuó una contabilización defectuosa de los pagos de la Universidad.

18. El Acuerdo 0005 de 1981 fue modificado por el Oficio 05127.

19. El dictamen pericial se ajustó a la contabilidad de las entidades involucradas.

Concluye el alegato solicitando de esta Corporación la nulidad del Acuerdo 00005 de 1981 y de la decisión contenida en el Acta número 002 del 12 de marzo de 1981.

## LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Risaralda consideró, dentro de los motivos que tuvo para decidir, lo siguiente:

a) Mediante el Acuerdo cuestionado, la Universidad Tecnológica de Pereira estableció un régimen prestacional no autorizado por la ley.

b) La demandante pretende derivar derechos de una fuente que jamás los generó. Por lo anterior hay que interpretar los argumentos de la defensa de la demandada como si constituyeran "una excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas por contravenir, su pretendida fuente, la Constitución y Leyes de la República, es decir, por estar afectado el famoso Acuerdo 0005 de 1981 de *nulidad absoluta* y las *obligaciones en virtud dee él contraídas, estigmatizadas por causa y objeto ilícitos*" (fl. 287, cuaderno 1). (Subraya la Sala).

c) "La pretensión de la actora no era otra que la de que, por parte de la administración, se les cumplan unas obligaciones a todas luces mal nacidas" (fl. 287 cuaderno 1). En seguida el Tribunal agrega esta observación:

"Y tanto que, como por ser funcionalmente incompetentes (numeral 1o., art. 128 C.C.A.,) nos abstenemos de declarar la nulidad del acto pretensamente (sic) generador de las obligaciones exigidas, consultando para ello el artículo 2° de la Ley 50 de 1936. Nos limitamos, entonces, mediante la formulación de excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad, a declarar como no aplicable, por ser abiertamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico, el acto invocado en este litigio como fuente de derechos y obligaciones".

d) En relación con la pretensión subsidiaria de indemnización a favor del Fondo, determina el Tribunal que habría que dar cumplimiento al inciso 3° del artículo 136, según el cual la parte actora como beneficiaria de buena fe quedaría en la no obligación de restituír las prestaciones pagadas.

Concluye denegando las pretensiones de la demanda.

## SOLICITUD DE SENTENCIA COMPLEMENTARIA:

La parte actora, con fundamento en el art. 311 del C. de P.C., solicita del Tribunal proceder a complementar su decisión con base en los siguientes argumentos:

1. El juzgador debe proveer sobre todas las pretensiones y las excepciones propuestas por la parte demandada.

2. El hecho primero de la demanda consideró que la obligación cuyo cumplimiento se suplicaba tenía el carácter de "aporte o subversión". La Universidad por su parte, se refirió a estos como prestaciones sociales. Por lo anterior, la *causa petendi* o cuestión de hecho que debía definir el juzgador era "primordialmente el tema de si el contenido de la obligación era prestacional o de naturaleza diferente" (fl. 301, cuaderno 1). La sentencia concluye que se trata de una prestación social, sin análisis de ninguna naturaleza.-

3. El beneficiario de la subvención cuestionada es una persona jurídica diferente de entidad que los agremia que es un tercero distinto de los asociados.

4. Es posible subvencionar a organismos promovidos por el Sindicato de empleados públicos.

5. La sentencia no analiza los hechos de la controversia ni los argumentos de las partes.

6. La sentencia no tuvo en cuenta la pretensión segunda o primera subsidiaria, en que se solicitó "que si el Tribunal encontraba viciado el Acuerdo 00005/81 art. 6°, debía pronunciarse sobre los efectos producidos por el acto hasta la suspensión o anulación, lo que equivale a que se definan los efectos en el caso de que se considerase el acto como no aplicable". (fl. 302, cuaderno 1).

> "Por lo tanto, la sentencia es incongruente por *mínima petita* en la medida que declara el acto administrativo inaplicable; no fijó los efectos de dicha determinación, además que los mismos deben ser definidos oficiosamente a la luz del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, cuando señala que "*no quede cuestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos*" (valga la repetición, subraya el actor).

7. Los actos administrativos se halllan amparados por la presunción de legalidad. De declararse no aplicable el acto administrativo cuestionado, sus efectos debieran *ser ex- tunc*, lo que equivale a que tiene fuerza obligatoria hasta la ejecutoria de la sentencia.

8. El Tribunal debe aclarar el sentido que le da a la expresión "docentes" pues si se toma por sindicato o miembros del Fondo es claro que no puede hablarse

de prestación social, "pues ésta por su naturaleza debe estar individualizada en cada trabajador".

Si por el contrario, el Tribunal no tomó como en el caso a) personas naturales, no aparecen éstas legitimadas activamente dentro del proceso pues la relación procesal se estableció estre personas jurídicas.

9. A su vez, el Tribunal debe precisar si tomó como confesión del actor (fl. 13 de la sentencia) una de las peticiones subsidiarias, cuya transcripción precede con la expresión "lo admite", por cuanto no es posible entender que la formulación de una pretensión subsidiaria constituya el reconocimiento de un hecho". En efecto, –afirma– la técnica procesal indica que el demandante solicita EVENTUALIDADES, las cuales ordena de mayor (petición principal), a menor (peticiones subsidiarias). Por tanto, la eventualidad menor (última petición) no puede constituirse en negación de las anteriores, ni mucho menos de la principal, como se desprende de su simple carácter subsidiario" (fl. 306, cuaderno 1).

10. Por otra parte, el TRIBUNAL deberá precisar si se orientó en la sentencia por la inexistencia o la nulidad del acto administrativo, pues en el proceso ordinario no cabe la excepción de inexistencia, según concepto del profesor Hernando Morales Molina (Curso de derecho procesal Civil, parte general, pp. 156 y 157):

> "En sentido estricto, pues, la excepción no consiste en la simple negación del derecho afirmado por el actor, sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye sus efectos jurídicos y, por lo mismo, la pretensión.
>
> "... y la denominada inexistencia de la obligación tampoco tiene tal calidad exceptiva, porque no es excepción perentoria la simple negación del derecho afirmado por el actor, sino en hecho impeditivo o extintivo que excluya sus efectos jurídicos.
>
> "... En el proceso ejecutivo, en cambio, la inexistencia de la obligación es excepción que sintetiza todas las que puedan proponerse, porque la obligación existe probada con el título, sin el cual no se dicta mandamiento de pago y no comienza el proceso, o sea que, la excepción presupone la obligación" (fl. 307, cuaderno 1).

11. El Tribunal debe precisar el alcance que le dió al art. 2º de la Ley 50 de 1936 que faculta al juez a declarar la nulidad y el Tribunal se negó a hacerlo.

12. Por último debe aclarar la expresión "... se le cumplan unas obligaciones mal nacidas", pues no precisa si corresponde a una interpretación del Tribunal del *petitum* de la demanda o, si por el contrario, es una deducción suya o conse-

cuencia del desarrollo del debate. Si lo primero, el Tribunal se equivoca pues el actor no ha pedido se le cumplan obligaciones mal nacidas; si lo otro, no indica las razones de su conclusión.

## DECISION DE LA SOLICITUD DE SENTENCIA COMPLEMENTARIA:

Para el Tribunal es claro que dentro de las previsiones del art. 311 del C. de P.C. no se halla ninguna de las circunstancias alegadas por el actor., Respecto de la afirmación de no haber existido pronunciamiento sobre los efectos producidos por el acto hasta su suspènsión o anulación, contesta el Tribunal que sí lo hubo o consistió precisamente en la consideración de que, por ser el actor beneficiario de buena del régimen prestacional, cuestionado, no adquiere la obligación de restituir las prestaciones pagadas. Por lo anterior, niega la adición a la sentencia.

## APELACION DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

1. La entidad actora fundamenta su recurso de apelación contra la sentencia en los siguientes términos:

> "El Tribunal yerró (sic) al considerar que los APORTES O SUBVENCIONES del artículo sexto del Acuerdo 00005 de 1981 eran prestaciones sociales. El hecho de que el beneficiario de las llamadas "prestaciones sociales" por el Tribunal sea una persona jurídica (FASULT) niega de raíz tal posibilidad, pues las prestaciones sociales tienen como beneficiario a un trabajador (individualmente considerado), porque así lo determina la Legislación Colombiana. Este error del Tribunal en la base de toda la sentencia, conlleva (sic) a errores sucesivos en toda la subsiguiente argumentación que es derivada de ese primer planteamiento que, por lo demás, es tomado apriorísticamente y sin la más leve consideración jurídica para adoptarlo".

2. Por su parte, la institución demandada se opuso a la formulación de la apelación arguyendo como razones esenciales las siguientes:

a) La Universidad Tecnológica de Pereira es un establecimiento público del orden nacional.

b) La Asociación Sindical de Profesores Universitarios –ASPU–, Seccional Risaralda, el 14 de noviembre de 1980, presentó a la Rectroría de la Universidad un pliego de peticiones, entre cuyos puntos se solicitaba aumento de sueldos y de prestaciones sociales para los empleados públicos docentes de la Universidad.

c) El 13 de marzo de 1981 se expidió, como conclusión de lo anterior, el Acuerdo 00005 de 1981 ese año, que la Universidad cumplió mediante el pago de un aporte mensual hasta septiembre de 1982 en que se cuestionó la legalidad del acto y se interrumpió su pago.

d) La ilegalidad del acuerdo se basa en las siguientes consideraciones:

1o. El Acuerdo quebranta el precepto constitucional de que sólo al Congreso de la República compete fijar escalas de remuneración y régimen de las prestaciones sociales. Sobre la cuestión, puntualiza la entidad demandada:

"Sin embargo, el Consejo Superior pasando por encima de tan calro precepto constitucional, decide hacer las veces de legislador y promulga el Acuerdo, arrogándose poderes o funciones que no se le otorgan, constituyendo tal conducta en (sic) un abuso o exceso de poder, pues ejercita prerrogativas que no le corresponden" (fl. 325, cuaderno 1).

2o. En el orden jurídico colombiano no puede existir empleo que no tenga determinadas funciones por cumplir. Al Consejo Superior de las Entidades Universitarias Públicas, el artículo 59 del Decreto Ley 80 de 1980 las señala precisamente, sin que exista entre ellas ninguna que sea similar a determinar aportes a entidades como la actora.

3o. Los sindicatos de profesores oficiales tienen funciones limitadas y, expresamente, se le sprohibe la presentación de pliegos de peticiones y la celebración de convenciones colectivas de trabajo (C.S. del T., art. 416).

4o. El reconocimiento del aporte cuestionado quebranta directamente el artículo 207 de la Constitución Política pues constituye un gasto no presupuestado, lo que implica una conducta punible pues se les prohibe a las entidades públicas efectuar gastos que no hayan sido decretados por el Congreso, ni transferir un crédito a objeto no previsto en el presupuesto.

5o. La expedición del Acuerdo 00005 de 1981 fue irregular pues es contrario no sólo a la Constitución y las leyes, sino que fue adoptado con la presidencia del Rector y la asistencia de otros funcionarios que no son los que determina el artículo 57 del Decreto Ley 80 de 1980.

6o. En el examen del recurso de apelación el Consejo de Estado habrá de determinar lo conducente a la nulidad del Acuerdo, según los términos alegados en la contestaión de la demanda.

7o. El Tribunal Administrativo omitió la condena en costas para la parte vencida, por lo que en la segunda instancia se habrá de determinar lo correspondiente tanto a la primera como a la segunda instancia.

En nuevo escrito de fundamentación del recurso de apelación el actor expuso lo siguiente:

a) La sentencia de primera instancia no determinó si el aporte *sub-judice* era una prestación social.

b) Aunque el aporte ordenado por el Acuerdo 00005 fuera una prestación no obstaría para dar cumplimiento al acto administrativo de que se trata.

c) No es posible la declaración de nulidad pues está regulada en la ley como acción y no como excepción. Además, la declaración de nulidad de un acto administrativo no es función de la administración sino de la jurisdicción.

d) Los hechos de la administración son fuentes de responsabilidad administrativa, y en caso de que no prosperen las pretensiones principales ni las primeras subsidiarias, deberá condenarse a la universidad al pago de los perjuicios.

e) Es un error de la parte no apelante el perseguir que en segunda instancia se haga más gravosa la situación para el actor demandante mediante una declaración de nulidad que al *A- quo* no hizo y una condena en costas de lo cual no existe apelación. El principio de la *reformatio in pejus* prohibe estas prácticas. (fl. 339, cuaderno 1)).

## CONCEPTO FISCAL:

La Fiscalía coincide con las consideraciones del Tribunal de primera instancia en cuanto la imposiblidad de aplicarlo por regular relaciones laborales de las entidades comprometidas, con la razón fundamental de la tacha de inconstitucionalidad del mencionado acto administrativo y la solicitud especial de que la Corporación aplique la excepción de inconstitucionalidad a los actos demandados (sic).

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Dada la complejidad tanto fáctica como jurídica de los fenómenos involucrados en la presente *litis*, indispensable resulta el examen de los siguientes aspectos de la controversia: a) Ambito de la revisión sobre la sentencia apelada;

b) Excepciones propuestas: Caducidad de la acción e inaplicación del Acuerdo No. 00005 por ser inconstitucional e ilegal.

A). *Ambito de la revisión sobre la sentencia apelada*

Resulta aconsejable un examen sucinto del régimen legal de la apelación para definir los lineamientos dentro de los cuales se elabora la fundamentación jurídica de la Sala frente al caso de autos.

Determina la norma procesal civil (art. 350) que la apelación busca el *estudio de la cuestión decidida* por el inferior a fin de que su providencia sea *revocada* o *reformada* (subraya la Sala).

La apelación tiene por objeto corregir "efectivamente" los errores judiciales por parte de un funcionario de superior jerarquía jurisdiccional de quien profirió la decisión recurrida, quedando éste obligado a dar cumplimiento a lo decidido por el superior.

El recurso debe sustentarse y el recurrente ha de exponer, la razón que constituya un ataque al contenido de la providencia u observación a un error de ésta; el escrito del recurso tiene que acusar la providencia de primera instancia en forma precisa y concreta, sin limitarse a calificarla sencillamente de ilegal o irregular, sino señalando las razones o motivos de inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas del juez en la providencia impugnada. (Hernán Fabio López B. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Parte General 4a., Bogotá, Temis, 1985. p. 381).

En relación con el ámbito de la competencia del juez de segunda instancia que conoce del recurso, ha expresado la doctrina lo siguiente:

> "..., la apelación de la sentencia otorga al superior competencia sobre todo el proceso como fallador de instancia y, por lo mismo, tiene la obligación de revisar el expediente en todos sus aspectos para dictar la sentencia que resuelva sobre (sic) el litigio:...".

(Hernando Devis Echandía. *Compendio de derecho procesal t. I., 10a., edición, Bogotá, Editorial ABC, 1985. p. 564).*

Respecto del interés en el recurso resulta que siendo el actor, quien recurre, el análisis deberá circunscribirse a lo expuesto en la apelación y que en ningún caso, por la prohibición de la *reformatio in pejus*, podrá hacerse respecto de él más gravosa la situación que determinó el fallo de primera instancia.

B). *Excepciones propuestas*

I. *Excepción de caducidad*

Muy importante para los efectos de la consideración del fallo recurrido, resulta para la Sala el examen de las excepciones alegadas por la parte demandada. En primer lugar, respecto de la excepción de caducidad se observa lo siguiente:

1o. Las partes procesales han coincidido en la existencia de los "aportes" a cargo de una de ellas y en favor de la otra; difieren sólo en la fecha del último mes pagado pues mientras el actor sostiene que el pago incluyó el mes de febrero de 1983.

La Universidad demandada sostiene que ello sólo tuvo ocurrencia hasta el mes de septiembre del año anterior. Esto lo explica afirmando que las constancias de los pagos efectuados corresponden a conceptos diferentes y cuyo origen son actos administrativos distintos del tan mencionado Acuerdo 00005 de 1981.

A lo anterior hay que agregar que, siguiendo el régimen legal de las prestaciones periódicas, el término de caducidad se produce respecto del vencimiento de cada una de ellas por lo que, en gracia de discusión sobre un punto que no es relevante en el examen, se opta por admitir que, o bien la Universidad pagó el aporte del mes de febrero de 1983, o bien el actor renunció, en caso de deficiencia de la prueba, a los aportes de octubre de 1982 a febrero de 1983. Lo cierto es que la fuente de la obligación para el reconcomiento y pago de los aportes cuestionados fue única y exclusivamente el Acuerdo 00005.

Se tiene, entonces, que la última fecha del aporte pagado fue el 28 de febrero de 1983 y como la demanda se presentó el 28 de enero de 1986, se hizo oportunamente en virtud de que el artículo 28 del Decreto Ley 528 de 1964, modificó en tal término la caducidad de la acción de reparación directa y cumplimiento. Lo anterior le permite a la Sala concluir que la acción se intentó oportunamente por lo que la mentada caducidad de la acción no se produjo.

II. Excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad.

1. Entre las razones que expone la parte demandada, vale tener en cuenta lo que se relaciona con el quebranto del artículo 76 numeral 9º de la Constitución Política. Se argumenta el descargo con la consideración de que la norma invocada establece que es función del Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas "... fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales". Lo anterior en cuanto al mandato constitucional se refiere.

Cabe observar al respecto en el acto administrativo acusado materia eminentemente prestacional si nos atenemos al encabezamiento, pues en él "... se fijan salarios y prestaciones para el personal docente".

No es necesario profundizar en el examen y cotejo de las dos disposiciones enfrentadas para determinar sin lugar a dudas la abierta contradicción del acto administrativo con el precepto constitucional invocado por la parte demandada.

Resulta entonces, indiscutible que para la Sala no es posible jurídicamente hacer cumplir una disposición que muestra en forma tan evidente su oposición con el precepto constitucional. Porque una cosa es que se establezca que sólo al legislador le compete determinar el régimen prestacional en las personas jurídicas públicas y otra muy distinta y contraria a lo anterior es que un simple Acuerdo de entidad universitaria, en su carácter de establecimiento público del orden nacional, se arrogue la misma facultad y en tal virtud disponga del presupuesto a aquella asignado, para el reconocimiento y pago de mesadas cuyo orignen y existencia es exclusivamentee el acto administrativo que tan manifiesto quebranto revela sin ambages. Y este descargo de la parte demandada es de tal naturaleza que descubre ostensiblemente la sinrazón de las pretensiones del actor y la carencia absoluta de fundamento legal, como lo reconoció el *a-quo* y, a su vez, debe hacerlo la Sala.

En la sentencia de primera instancia se consideró que el Acuerdo estableció un régimen prestacional no autorizado por la ley; y como el actor ha pretendido ejercer derechos de una fuente que jamás los generó, el Tribunal decidió interpretar los argumentos de la parte demandada como si constitu-yeran una excepciónm de inexistencia de las obligaciones reclamandas por contrarias la Constitución Política y las leyes de la República. Para el Tribunal la pretensión del actor consistía pura y simplemente en obligar a la administración a cumplir una obligaciones "a todas luces" mal nacidas, de donde hay que concluír que el mérito de la decisión del *a-quo* fue precisamente la consideración de la inconstitucionalidad e ilegalidad de la norma acusada, invocadas por la vía de excepción.

Para la Sala resulta entonces evidente que no le asiste el derecho al invocar en su demanda pedir la aplicación del acto cuestionado. En síntesis, el estado actual del proceso ofrece la siguiente estructura:

a) El actor reclama que se dé cumplimiento al Acuerdo de la entidad pública descentralizada del orden nacional. Es claro que dentro de sus pretensiones no había ninguna que buscara siquiera poner en entredicho la presunción de legalidad del acto dejado de cumplir por las nuevas directivas de la Universidad.

b) La entidâd demandada alega, que quienes lo profirieron no podían comprometer de esa manera el presupuesto de la Universidad; de donde concluye que no asiste derecho alguno al actor para reclamar el cumplimiento de una decisión administrativa con tales vicios.

c) El Tribunal decide que se limita a declarar que no puede ordenarse el cumplimiento del Acuerdo dejado de observar por ser abiertamente contrario al orden jurídico nacional, aunque por razones de falta de competencia funcional no pueda declarar la nulidad del acto presuntamente generador de las obligaciones exigidas.

2. *Régimen del Acuerdo 00005 de 1981*

El Acuerdo de autos, en la parte pertinente es del siguiente tenor:

"Acuerdo número 00005 de 1981)

(marzo 13)

"Por medio del cual se *fijan salarios y prestaciones para el personal docente.*

"EL CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE PEREIRA, *en uso de sus atribuciones estatutarias*, y

**CONSIDERANDO:**

Que en reunión celebrada el 12 de marzo de 1981 *se aprobó aumento de salarios para el personal docente de la Universidad*, a partir del primero (1o.,) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981);

"*Que igualmente se acordó aumentar algunas prestaciones y ordenar un auxilio de maternidad*;

"*Que se requiere la expedición del acto administrativo que permita la ejecución de lo anterior,*

**ACUERDA:**

"ARTICULO...

"ARTICULO SEXTO:

"La universidad, a partir del primero (1o.,) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981), aportará al FASUT el seis por ciento (6%) del sueldo (sic) total mensual del personal docente. Igualmente aportará al FAVI el cincuenta por

ciento (50%) del ahorro que el profesorado haga en dicha institución, tomando como tope máximo el cinco por ciento (5%) del sueldo ahora ahorrado por el profesor.

"ARTICULO...

"Cúmplase.

"Dado en Pereira hoy: 13 de marzo de 1981.

"Fdo.

GABRIEL CARDONA
Vicepresidente

LEONEL ZAPATA P.
Secretario (suraya la Sala)

La Universidad Tecnológica de Pereira es un establecimiento público del orden nacional, creado por la Ley 41 de 1958. De acuerdo con la determinación del artículo 1o., es de carácter público y goza de autonomía jurídica para el cumplimiento de sus fines propios, como son los que se relacionan con la formación de ingenieros profesionales. Su presupuesto está integrado totalmente por aportes departamentales y municipales y los que provengan de la nación.

De acuerdo con el art. 25 del Decreto Ley 1050 de 1968, la dirección del establecimiento público estará a cargo de un consejo directivo que siempre presidirá el ministro *o su delegado* (las subrayas anteriores son de la Sala).

Las funciones que compete ejecutar a un consejo directivo del establecimiento público del orden nacional son las que siguen:

"a) Formular la política general del organismo y los planes y programas que, conforme a las reglas que prescriban el Departamento Administrativo de Planeación y la Dirección General del Presupuesto, deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y, a través de éstos, a los planes generales de desarrollo;

b) Adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno;

"c) *Aprobar el presupuesto del respectivo organismo*;

"d) Controlar el funcionamiento general de la organización y verificar su conformidad con la política adoptada, y

"e) Las demás que les señalen la ley, los reglamentos o los *estatutos respectivos*. (art. 26 *ibídem*) (subraya la Sala).

A la anterior transcripción, observa la Sala, no se pueden adicionar facultades extrañas no señaladas precisamente en la norma, por lo que en principio, hay que censurarle al Acuerdo 00005 de 1981 haber sido expedido para fijar salarios y prestaciones del personal docente de la Universidad.

Por otra parte, la Universidad en cuestión se halla sometida en la actualidad y cuando expidió el Acuerdo 00005 a las determinanciones del Decreto Ley 80 de 1980, "por el cual se organiza el sistema de educación post-secundaria". En efecto, su artículo 50 establece que las instituciones públicas de educación superior (caso de la universidad Tecnológica de Pereira) son establecimientos públicos del orden nacional (entre otros), adscritos al Ministerio de Educación Nacional; necesariamente se hallan sometidos a las determinaciones de esta norma.

El artículo 57 *ibídem* establece la integración del Consejo Superior en los siguientes términos:

"El Consejo Superior es el máximo órgano de dirección y está integrado por:

"a) *El Ministro de Educación o su representante.*

"b) El Gobernador del Departamento donde tenga su domicilio la institución, o su representante, para las de orden nacional o departamental. *El respectivo Alcalde o su representante para las de orden municipal.*

El Alcalde de Bogotá...

"c) Un miembro designado pro el Presidente de la República.

"d) Un decano, designado por el Consejo Académico.

"e) Un profesor de la Institución, elegido mediante votación secreta por el cuerpo profesoral.

"f) Un estudiante de la institución, elegido mediante votación secreta por los estudiantes con matrícula vigente.

"g) Un egresado graduado de la institución, de prominente trayectoria profesional, designado por los egresados de los Consejos de la Facultad de la entidad.

"h)) El Rector de la Institución, con voz pero sin voto.

...".

El artículo 59 *ibídem* señala como funciones del Consejo Superior las de *formular y evaluar políticas*; *expedir el estatuto general* de la Institución, previa

aprobación del Gobierno Nacional; *expedir el reglamenteo académico*; *crear, fusionar*, o *suprimir* dependencias de la institución; *aprobar la creación, supresión o fusión de programas docentes; expedir la planta de personal: expedir el presupuesto de rentas y gastos* de la Institución; *autorizar las adiciones y traslados durante la vigencia fiscal, según las normas orgánicas de presupuesto*; designar o remover a los decanos; *autorizar la aceptación de donaciones o legados*; autorizar las comisiones al exterior; autorizar la celebración de contratos; *examinar y aprobar anualmente los estados financieros de la institución; fijar los derechos pecuniarios que pueda cobrar la institución*; y darse su propio reglamento. Dentro de esta prolija enunciación de facultades, ninguna concerniente al establecimiento del régimen de salarios y prestacional de las personas vinculadas a la entidad universitaria. (Las subrayas son de la Sala).

Y no se puede desconocer que el contenido del mencionado Acuerdo 00005 de 1981 es eminentemente prestacional si nos atenemos a su encabezado, pues por medio de él, "... se fijan salarios y prestaciones para el personal docente". El actor ha alegado que no se puede hablar de prestaciones pues los aportes se hicieron a una persona jurídica diferente de las naturales que son miembros de aquella. Con todo, si se examinan con toda atención los estatutos del Fondo (FASUT) se observa que sus objetivos son prestar servicios asistenciales de salud a los socios y otorgar préstamos a los mismos, entre otros también de índole prestacional.

En el sistema presupuestal de la Nación se establece que "no podrá hacerse ningún *gasto público* que no haya sido decretado por el Congreso..." (C.N., art. 207); "corresponde al Congreso, por medio de la ley, "establecer las rentas nacionales y *fijar los gastos de la administración*" (art. 76, num 13 *ibídem*); corresponde al Presidente de la República, "cuidar de la *exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión con arreglo a las leyes*" (art. 1° art. 120,. num. 11, *ibídem*); por otra parte se establece que el Congreso, en la ley de apropiaciones no podrá incluír partida alguna que no haya sido propuesta a las respectivas comisiones "*y que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido*, o a *un gasto decretado conforme ley anterior*, o *destinado a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo* de que trata el ordinal 4° del artículo 76" (art. 210 *ibídem*). (subraya la Sala).

Al haberse demostrado entonces las excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad propuestas por la parte demandada y que surgen de manera ostensible, resulta inaplicable el Acuerdo 00005 de 1981.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la Repú-

blica de Colombia y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el concepto del H. Fiscal Primero ante esta Corporación.

**FALLA:**

CONFIRMASE la sentencia de primera instancia, proferida pro el Tribunal Administrativo de Risaralda el 11 de diciembre de 1986, como consecuencia de la demanda del Fondo de Asistencia Social de los Empleados de la Universidad Tecnológica de Pereira –FASUT– y de la Asociación Sindical de Profesores Universitarios, Seccional Risaralda –ASPU–.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día doce (12) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

*Simón Rodríguez Rodríguez*, Presidente de la Sala; *Samuel Buitrago Hurtado*, *Guillermo Benavides Melo*, Ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja*

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario

**COADYUVANCIA/ AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA** - Notificación/ **ACTO REGLA**

**El artículo 146 del C.C.A., enseña que cualquier persona puede solicitar que se le tenga como parte coadyuvante, pero ello no quiere decir que "*contrario sensu*" la que pueda ser afectada por la anulación del acto acusado deba ser necesariamente notificada de la demanda. De ser viable esta argumentación, habría que notificar la demanda de nulidad a cualquier ente administrativo que pudiera estar involucrado dentro de las determinaciones generales del acto-regla acusado.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Proceso No. 1210. Actor: PABLO J. CACERES CORRALES.

Se pasa a decidir el incidente de nulidad promovido por la Empresa de Licores de Cundinamarca:

**ANTECEDENTES:**

El Departamento de Cundinamarca alega que antes y después de la expedición de la Ley 14 de 1983 ejerce los monopolios de producción, introducción y venta de los licores destilados nacionales. Monopolio se entiende apro-vechamiento exclusivo de una industria, facultad o negocio. En la práctica el monopolio se ejerce mediante las actividades señaladas en el art. 61 de la Ley 14 de 1983; en Cundinamarca ello tuvo lugar con la expedición de la Ordenanza 43 de 1920

o mediante permiso. Más adelante por la Ordenanza 07 de 1979 el gobernador recibió facultad para expedir el Código de Rentas.

Afirma el actor que antes de la Ley 14 carecían los departamentos de fundamento legal para establecer monopolios. Según el criterio del Departamento, la ley permite que los departamentos directamente administren las rentas de licores a través de un monopolio, pero con la posibilidad de hacerlo mediante arrendamiento o administración delegada, como lo hizo el departamento al arrendar la renta de licores a la compañía administradora de Rentas de Cundinamarca, en 1922. Antes de la expedición de la Ley 14 de 1983, sólo la Empresa de Licores de Cundinamarca producía licor destilado en el territorio del departamento.

De lo alegado –concluye el departamento– legalmente Cundinamarca sí ha ejercido el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados nacionales.

## SUSTENTACION DE LA SOLICITUD DE NULIDAD:

La Empresa de Licores de Cundinamarca, por apoderado judicial, coadyuva la argumentación presentada en la misma fecha por el Departamento de Cundinamarca, en cuanto éste ha tenido el carácter de *parte demandada reconocida en el proceso* (subraya la Sala), pero con la queja de no haber sido llamada la empresa como *litigante constitutiva de la parte demandada*, y por tener interés directo en la materia.

En particular, la empresa argumenta en los siguientes términos:

1. No parece viable la declaratoria de nulidad por falta de citación o emplazamiento a quien debe formar grupo en la parte demandada, pues el actor no la citó como tal.

2. La solicitud de nulidad se funda en la falta de citación o emplazamiento de la empresa.

3. La Empresa de Licores de Cundinamarca ha ejercido desde hace tiempo el monopolio de los licores por lo cual se hace interesada en el proceso.

4. La importación y venta de licores extranjeros no puede considerarse industria.

Por su parte, el Departamento de Cundinamarca, representado por el mismo apoderado judicial, hace las siguientes observaciones:

1. Se notificó como parte demandada únicamente al Departamento de Cundinamarca.

2. La demanda no tuvo en cuenta a la Empresa de Licores de Cundinamarca, entidad pública del orden departamental, con el carácter de empresa industrial y comercial del departamento de Cundinamarca, es decir persona jurídica.

3. No puede provenir nulidad de la falta de emplazamiento o citación por cuanto el actor no señaló a la Empresa de Licores del Departamento como parte demandada.

4. Tiene lugar el fenómeno de indebida demanda, por no haberse citado a *uno de los integrantes necesarios de la parte demandada.*

5. El defecto apuntado constituye una excepción de fondo que debe ser decretada de oficio.

6. El acto administrativo demandado es *sui generis* ya que se trata formalmente de un acto –regla general– "pero materialmente y en lo tocante a esas disposiciones esenciales, es un acto creador de situaciones jurídicas concretas" (fl. 65, c. 4). Porque siempre que se trate del monopolio de licores se producen situaciones jurídicas en relación con la Empresa de Licores de Cundinamarca.

7. La acción estuvo indebidamente formulada por cuanto la sentencia implica restablecimiento del derecho en favor de las personas beneficiarias y el consiguiente perjuicio para la Empresa. Lo anterior da lugar a ineptitud sustantiva de la demanda, por petición de modo indebido.

8. El proceso y la sentencia proferida dentro de él, acarrean perjuicios fiscales para la empresa de Licores de Cundinamarca.

## ALEGATO DEL ACTOR:

Corrido el traslado al actor se argumentan las siguientes observaciones:

1. Corresponde a los Departamentos el Impuesto sobre el consumo de licores y el monopolio establecido por la Ley 14 de 1983, por cesión de la Nación. Lo anterior es suficiente para entender que sólo el Departamento deba ser demandado en el proceso de autos, ya que sólo a él corresponden las rentas mencionadas. La empresa licorera no es mencionada en la Ley ni en el acto administrativo demandado como titular de las rentas del monopolio. Por el contrario, la empresa es sujeto pasivo del impuesto al consumo, pues debe pagarlo al Departamento. La empresa no se afecta por la decisión respecto de la Ordenanza acusada. La empresa no participa de las rentas del Departamento, ni es sucesora suya, en los

términos del art. 152 del C. de P.C. La coadyuvancia que pretende la Empresa de Licores de Cundinamarca carece de respaldo legal pues no tiene facultad estatutaria para coadyuvar en una gestión judicial del Departamento.

2. El art. 150 del C.C.A., obliga a notificar el auto admisorio de la demanda a las entidades públicas *en los procesos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan*. En fin, la Empresa de Licores de Cundinamarca no ha asumido ningún monopolio ni privilegio, y si los particulares pueden ejercer mediante cesión, el monopolio, la empresa carece entonces de interés.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El punto central de la controversia es que la Empresa de Licores de Cundinamarca estima que se ha debido notificar la demanda contra la Ordenanza 14 de 1983, de cuya nulidad trata el proceso incoado.

Para precisar la cuestión disputada vale advertir que contra la Ordenanza 14 de 1983 se instauró demanda de nulidad en relación con el art. 4º en cuanto autorizaba a ejercer las actividades tendientes al monopolio de la introducción y venta de licores destilados extranjeros.

Ciertamente, el acto administrativo acusado es un acto-regla, de donde ha resultado procedente intentar contra él acción de simple nulidad. Por otra parte, la Empresa de Licores de Cundinamarca es una entidad descentralizada del orden departamental, cuya creación se explica únicamente por la técnica de la descentralización por servicios, sin que jurídicamente haya que vincularla al departamento para los fines procesales del caso de autos.

Es natural que todo acto administrativo, ya sea acto-regla, subjetivo o acto condición, producen necesariamente alteraciones en las situaciones jurídicas concretas. No existe el acto inocuo, la decisión administrativa cuyos efectos no producen una manifestación jurídica en las relaciones de los individuos o las entidades. Admitir esta posibilidad sería desconocer la noción misma de acto administrativo, entendido como la manifestación de la autoridad administrativa encaminada a producir algún efecto. Lo que diferencia a los distintos actos es el sujeto afectado con su decisión, pues mientras en el subjetivo y el acto-condición, es particular y concreto, en el acto-regla es indeterminado. De ser viable la argumentación de la Empresa, habría que notificar la demanda de nulidad a cualquier ente administrativo que pudiera estar involucrado dentro de las determinaciones generales del acto-regla acusado.

El art. 146 del C.C.A., enseña que cualquier persona puede solicitar que se la tenga como parte coadyuvante, pero ello no quiere decir que *contrario sensu*

la que pueda ser afectada por la anulación del acto acusado deba ser necesariamente notificada de la demanda.

En síntesis, la demanda instaurada es de simple nulidad; no se ha manifestado por parte alguna que la causa sea el restablecimiento de un derecho que pudo ser afectado por lo que disponía el art. 4° de la Ordenanza acusada; de donde, como lo advierte el propio apoderado del Departamento y de la Empresa de Licores de Cundinamarca (que es el mismo), no había obligación de notificar personalmente la demanda a la Empresa pues el actor no la citó en su escrito.

Ya este Despacho en caso similar expresó el pensamiento que se prohija en esta providencia, así:

> "Siendo el actor la persona que actúa, que toma la iniciativa, que demanda (se llama también demandante) al órgano jurisdiccional (Juez) en su propio nombre o en cuyo nombre se demanda la actuación de la ley o "la tutela la estatal", según expresión de Rosenberg (Derecho Procesal Civil, Tómo II, p. 58). Y el demandado la persona respecto de la cual se promueve la actuación de la ley, no encuentra el Despacho que Ecopetrol tenga carácter de parte demandada, dentro del contexto del artículo 152 ordinal 9° del C. de P.C., que se refiere a "la parte", porque –se repite– el presente contencioso de anulación no va dirigido directa o específicamente contra ella, sino contra la determinación general que el Decreto 057 adopta de asimilar a exportaciones el suministro de combustible ya comentado. Es decir, la actuación de la ley se reclama respecto del acto acusado con el fin de que por no ajustarse a la normatividad a juicio del actor se declare su nulidad. Que a Ecopetrol o a cualquier otro ente se encargue de ello es cuestión que se queda en segundo plano". (Auto de 28 de julio de 1989; Jesús Vallejo Mejía, 927).

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria decide no acceder a decretar la nulidad solicitada.

Reconócese personería a la Doctora CONSUELO CHAVARRO GARZON, para que actúe en el presente proceso, de acuerdo al memorial - sustitución que obra a folio 81 de los autos.

Notifíquese.

*Simón Rodríguez Rodríguez*, Consejero de Estado.

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

**POTESTAD REGLAMENTARIA** - Límites

**El artículo 2° del acto acusado quebranta de manera manifiesta el poder reglamentario previsto en el ordinal 3° del art. 120 de la Constitución, al establecer que el desembargo se ordenará "a más tardar el día siguiente a aquél en que se le haya presentado certificación del Director General de Presupuesto o su delegado sobre el carácter de dichos bienes", ya que no sólo desborda el marco de la ley reglamentada, sino también el art. 124 del C.P.C., que establece los términos para dictar las resoluciones judiciales, los cuales no pueden ser variados por una norma de carácter simplemente reglamentario.**

*DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 2° del Decreto Reglamentario No. 2980 de 1989 (diciembre 20) en la parte que dice: "a más tardar al día siguiente a aquél que se le haya presentado certificación del Director General de Presupuesto o su delegado sobre el carácter de dichos bienes".*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.-* Bogotá, D.E., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1389. Actor: Alejandro Saravia Romero.

El ciudadano Alejandro Saravia Romero, en ejercicio de la acción pública, solicita la declaratoria de "nulidad del Decreto 2980 del 20 de diciembre de 1989 dictado por el Ejecutivo Nacional para reglamentar el artículo 16 de la Ley 38" de 1989.

Al folio 8 obra un escrito del actor en donde hace una corrección complementaria de su demanda, dada la vaguedad que, según el mismo demandante, tiene su libelo inicial.

En memorial que aparece a folios 9 y 10, sustituídos por memorial que obra a folios 12 a 14, la ciudadana Martha Doris Garzón Avella se constituye en parte coadyuvante de la demanda.

A pesar del desorden y notoria incoherencia que acusan tanto la demanda inicial como el escrito de adición de la misma, la Sala considera reunidos los requisitos esenciales exigidos en el art. 137 del C.C.A., por lo cual la demanda será admitida. De la misma manera será reconocida la coadyuvancia propuesta, por tratarse de un proceso de simple nulidad y acomodarse, en consecuencia, a lo previsto en el art., 146 del C.C.A.

**SUSPENSION PROVISIONAL:**

En el mismo escrito de demanda solicita el actor se decrete la suspensión provisional del acto acusado, por considerar que es manifiestamente violatorio de disposiciones de rango superior, como son los artículos 55 y 62 de la Carta Política, 124 del Código de Procedimiento Civil y 5° (regla 2a.,) de la Ley 57 de 1887. Además, en el escrito de adición, que hace parte de la demanda, señala igualmente la presunta violación del art. 120 (ordinal 3°) de la Constitución.

Para resolver la solicitud de suspensión provisional, en tratándose de la acción de simple nulidad, el art. 152 del C.C.A., sólo exige que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida, y que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. Encontrándose cumplido el requisito de la solicitud y sustentación expresa de la suspensión provisional, debe entrar la Sala a considerar las posibles infracciones manifiestas planteadas por el actor.

Para el efecto y teniendo en cuenta que si bien la demanda se refiere en unos casos a supuestas violaciones de normas jurídicas superiores por parte del decreto en general, realmente los cargos sobre manifiesta ilegalidad son planteados en relación con la mayoría de cada uno de los artículos que conforman el acto demandado, por lo cual la Sala procederá a hacer el análisis respecto de cada uno de dichos artículos, así:

Primeramente ha de expresarse que de conformidad con el encabezamiento del decreto acusado, el Presidente de la República lo expidió en desarrollo "de

la facultad que le confiere el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional" y mediante el mismo "se reglamenta el artículo 16 de la Ley 38 del 21 de abril de 1989".

Dicho artículo 16 de la Ley 38 de 1989 o "Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación", materia de reglamentación por el decreto acusado, preceptúa lo siguiente:

> "Artículo 16.- *Inembargabilidad.* Las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables. Las formas de pago de las sentencias a cargo de la Nación se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones legales concordantes".

Como antes se inició, se analizará cada uno de los preceptos del decreto cuya suspensión provisional se solicita:

> "ARTICULO 1°.- Las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables".

En relación con este artículo el actor se limita a expresar que "reproduce el de la ley", sin que le haga cargo de ninguna naturaleza. Siendo esto así, a pesar de que la acción y la solicitud de suspensión provisional se dirigen contra todo el decreto, mal podría ser dicho artículo objeto de la suspensión provisional solicitada.

> "ARTICULO 2°.- En el evento de que por cualquier causa se hubiere decretado y practicado o se decrete y practique el embargo o secuestro sobre las rentas y recursos a que se refiere el artículo anterior, el Juez que esté conociendo del proceso ordenará en cualquier estado del mismo, su desembargo a más tardar al día hábil siguiente a aquél en que se le haya presentado certificación del Director General de Presupuesto o su Delegado sobre el carácter de dichos bienes".

Dice el actor que mediante este artículo se le da al Juez "la orden terminante de desembargar un día después de recibir un certificado..." por lo cual "su facultad deliberativa queda así eliminada, despojado de toda apreciación de la ley que aplica". Además, en otro aparte de la demanda hace relación al art. 124 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "los jueces deberán dictar los autos de sustanciación en el término de tres días, los interlocutorios en el de diez y las sentencias en el de cuarenta, contados todos desde que el expediente pase al despacho para tal fin". De otra parte, en su escrito de adición a la demanda el actor asevera, aunque genéricamente y sin individualización alguna, que el Decreto 2980 viola el ordinal 3° del art. 120 de la Constitución Política, porque "excedió los límites de la potestad reglamentaria, mediante la expedición de normas que modifican leyes preexistentes...".

La Sala considera que el hecho de que una norma jurídica dé una orden terminante a la autoridad encargada de aplicarla o limite al máximo su facultad deliberativa, no constituye por sí mismo una ilegalidad, puesto que es bien sabido que los poderes otorgados a las autoridades pueden ser discrecionales o estrictamente reglados.

Sin embargo, haciendo un análisis coherente de los argumentos dispersos del demandante, la Sala encuentra que evidentemente este art. 2°., del acto acusado quebranta de manera manifiesta el poder reglamentario previsto en el ordinal 3° del art. 120 de la Constitución, al establecer que el desembargo se ordenará "a más tardar al día siguiente a aquél en que se le haya presentado certificación del Director General de Presupuesto o su Delegado sobre el carácter de dichos bienes", ya que no sólo desborda el marco de la ley reglamentada (art. 16 de la Ley 38 de 1989), sino también el del citado art. 124 del Código de Procedimiento Civil que establece los términos para dictar las resoluciones judiciales, los cuales no pueden ser variados por una norma de carácter simplemente reglamentario. Hace notar la Sala que el principio de la jerarquía normativa implica que las normas reglamentarias no sólo deben respeto a la ley reglamentada sino a toda otra norma que tenga categoría superior. En consecuencia, este artículo será objeto de la medida cautelar impetrada en lo referente a la expresión citada.

> "ARTICULO 3°.- Siempre que se ordene el desembargo de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, el juez deberá de oficio condenar en costas y perjuicios a quien haya pedido tal medida".

Tampoco a este artículo tercero le hace cargo alguno el actor. Pero es más, aún: ni siquiera lo menciona en su demanda. En consecuencia, como en el caso del art. 1°., mal podría la Sala decretar su suspensión provisional.

> "ARTICULO 4°.- El incumplimiento de lo establecido en el presente Decreto, dará lugar a la imposición de las sanciones establecidas en la Ley".

Dice el actor que ante este artículo 4°., la "única salida" que tiene el Juez es obedecer "decretando el desembargo pedido", puesto que por completo le corta la autonomía que la ley le entrega al juzgador. Respecto de este argumento, la Sala reitera lo expresado en este proveído, en el sentido de que el simple hecho de que una norma precise la decisión que debe tomar una autoridad no constituye por sí mismo una ilegalidad, ya que las competencias pueden ser discrecionales o regladas.

Por el contrario, la Sala encuentra que la previsión de este artículo no incide en nada en el ordenamiento jurídico, ya que se limita a recordar el principio disciplinario general según el cual las autoridades que incumplan las normas vigentes están sometidas a las sanciones legales establecidas para estos casos. Por

lo tanto, no considera la Sala que este precepto viole de manera manifiesta el ord. 3°. del art. 120 ni el art. 55 de la Constitución.

"ARTICULO 5°.- El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias".

Este artículo 5° tampoco es siquiera mencionado en el escrito de demanda y, consecuencialmente, no puede ser objeto de suspensión provisional.

Sin más consideraciones la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

**RESUELVE:**

1. Admitir la anterior demanda de simple nulidad contra el Decreto Reglamentario número 2980 de diciembre 20 de 1989.

2. Tener al ciudadano Alejandro Saravia Romero como parte actora.

3. Tener a la ciudadana Martha Doris Garzón Avella como coadyuvante de la parte actora.

4. Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada en este caso por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

5. Ordenar la fijación en lista por el término legal de cinco (5) días para los efectos previstos en el artículo 207-5 del C.C.A.

6. Ordenar que por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y dentro del término de quince días, se envíen con destino a este proceso los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición del Decreto 2980 de 1989.

7. Decretar la suspensión provisional de los efectos del artículo segundo (2°) del Decreto Reglamentario 2980 de diciembre de 1989, en la parte que dice: "a más de tardar al día siguiente a aquél en que se le haya presentado certificación del Director General de Presupesto o su Delegado sobre el carácter de dichos bienes".

8. Prevenir al Gobierno Nacional de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción en forma alguna de contenido idéntido, semejante o equivalente al de la parte del artículo 2° del Decreto 2980 de 1989, materia de suspensión provisional, para lo cual se enviará copia de este proveído al señor Ministro de Hacienda y Crédito público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

9. Notificar personalmente esta providencia al Fiscal primero del Consejo de Estado, y al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha seis (6) de marzo de mil noveecientos noventa (1990).

*Luis Antonio Alvarado Pantoja*, *Samuel Buitrago Hurtado*, No asistió; *Libargo Rodríguez Rodríguez*, *Simón Rodríguez Rodríguez*.

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

**AUTORIDAD DE TRANSITO/ AUTORIDAD DE TRANSPORTE/ INTRA** - Competencia/ **PLACA**/ Suministro/ **SUSPENSION PROVISIONAL** - Improcedencia

**En este momento procesal de la suspensión provisional no existen los elementos de juicio certeros y definitivos como para llegar a las categóricas consideraciones y determinaciones del auto impugnado; sin embargo la Sala concuerda con las apreciaciones de éste en punto del valor de la placa única nacional, pues constituye un ingreso público para el Intra que sólo puede ser establecida o autorizada por el legislador, las asambleas o los concejos, según el caso.**

*REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del art. 1°., literales a, b, c, e, f, g, h, i y j del D.R. 1147, art. 1° lit. a, b, c, e, f, g, h, i y j D.R. 2199/88 inc. 1° parágrafo 2° del art. 2° y art. 3° del D.R. 1147 de 1971; inc. 1° del art. 2° y el art. 3° del Decreto Reglamentario 2199 de 25 de octubre de 1988; y Resoluciones Nos. 10815 de 3 de noviembre de 1988 y 817 de 9 de febrero de 1989, dictados por el Ministro de Obras Públicas y Transporte.*

*CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del parágrafo 2° del art. 2° del D.R. 2199 de 1988 del Gobierno Nacional.*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Sala de Decisión.*- Bogotá D.E., doce (12) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 1274. Demandante: PABLO J. CACERES CORRALES.

Se decide el recurso ordinario de súplica interpuesto por el Ministro de Obras Públicas y Transporte (fls. 84 a 89) y el ciudadano Guillermo Vargas Ayala (fls. 157 y 158) contra el auto del Despacho del H. Consejero Ponente de 21 de septiembre de 1989 que tras admitir la demanda decretó la suspensión provisional de los siguientes actos administrativos:

1. Del artículo 1° literales a), b), c), e), f), g), h), i), y j) del Decreto de 1971 "por el cual se reglamenta el Código Nacional de Tránsito".

Señala el artículo 1° que el Instituto Nacional de Transporte tendrá además de las funciones que le adscriben la ley y los reglamentos, las siguientes:

Literal a): dictar las normas que sean necesarias para la adecuada ejecución del Código Nacional de Tránsito y de sus decretos reglamentarios.

Literal b): determinar la organización de las distintas dependencias de tránsito.

Literal c): señalar los sistemas técnicos y administrativos para el cumplimiento y desarrollo de las normas de admisión al tránsito

Literal e): llevar los registros de las licencias de conducción.

Literal f): señalar los lineamientos para los formularios o temarios para practicar exámenes de conocimientos generales sobre normas de tránsito y mecánica de vehículos.

Literal g): expedir y cancelar las licencias de tránsito.

Literal h): determinar las dimensiones, color, nomenclatura y calidad de las placas nacionales para los vehículos.

Literal i): dictar las reglas a que deban someterse los exámenes que contemplan las normas de admisión al tránsito de vehículos y reglamentar la forma y períodos de revisión de vehículos.

Literal j): determinar los datos adicionales que deban contener el registro de licencias de conducción y la licencia de tránsito.

2. Del Decreto 2199 de 25 de septiembre de 1988 "por el cual se establece la competencia para determinar las dimensiones, color, nomenclatura, y calidad de la Placa Unica Nacional, así como la entidad responsable por su fabricación o elaboración y distribución de los organismos y autoridades de tránsito "y en relación con las siguientes disposiciones:

"Artículo 2°. Asígnase al Instituto Nacional del Transporte, Intra, establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte la fabricación o elaboración de la Placa Unica Nacional y su distribución a los diferentes organismos y autoridades de tránsito del país.

...

Parágrafo 2°. La Junta Directiva del Intra fijará el valor de la Placa Unica Nacional.

3. De la Resolución No. 10815 de 3 de noviembre de 1988 expedida por el Ministro de Obras Públicas y Transporte "por el cual se determinan las dimensiones, color, nomenclatura y calidad de la Placa Unica Nacional".

4. De la Resolución No. 817 de 9 de febrero de 1989 del mismo Ministro y por la cual se modifican parcialmente los artículos 8° y 9° de la antedicha Resolución 10815.

## EL AUTO SUPLICADO:

Tras admitir la demanda ordena la suspensión provisional de los actos acusados con fundamento en las siguientes consideraciones:

**1. Primer cargo**.

Alega el actor que los Decretos 1147 de 1971 y 2199 de 1988 en los preceptos objeto de impugnación adscriben funciones de tránsito a una autoridad que no tiene esa categoría y naturaleza. Y que quebrantan el artículo 8° del Decreto 1344 de 1970 que adoptó el Código Nacional de Tránsito.

Este texto prescribe que "el Gobierno asignará las funciones relativas a la expedición de licencias de conducción o pases y registro de vehículos y demás que este Código no atribuya singularmente a alguna, a las autoridades nacionales, departamentales o municipales del ramo". Y esas autoridades son las indicadas en el Decreto 21169 de 1970, artículos 2° a saber:

"1. El Ministro de Obras Públicas.

2. El Consejo Superior de Tránsito.

3. Las secretarías, departamentos o direcciones de tránsito de carácter departamental, distrital, intendencial y comisarial.

4. Los alcaldes municipales e inspectores de policía.

5. Las secretarías, departamentos o inspecciones municipales de tránsito.

6. La policía nacional en sus cuerpos especializados de policía vial y policía urbana de tránsito".

De lo cual concluye la providencia en cuestión:

"El Despacho comparte las apreciaciones del actor en cuanto se deja visto, por estar respaldadas en derecho. Evidentemente el art. 1° del Decreto 1147/71 excepto su literal d), adscribe al Intra funciones de tránsito, sin ser tal Instituto autoridad del ramo, toda vez que el Decreto 770 de 1968 "lo concibe como una entidad que ejecuta la política del transporte y no como un órgano policivo o de tránsito y circulación". En consecuencia, es manifiesta la ilegalidad de dicho precepto del Decreto 1147/71. En cuanto hace al Decreto Reglamentario 2199/88 en sus normas acusadas, le asignan al Intra, como igualmente asevera el actor (sic), autoridad esta que no es de tránsito sino de transporte, "la función exclusiva y excluyente de fabricar o elaborar una placa única nacional y distribuirla a los diferentes organismos y autoridades del tránsito del país". Tal función "es una facultad propia de las autoridades de tránsito locales ('oficinas de origen') que tienen como atribución suministrar las placas a los propietarios y titulares de las licencias de tránsito de sus vehículos", como lo previene el artículo 88 del Decreto 1344/70, "y de entregarlas físicamente a ellos" (artículo 97 ib.). Agrega el accionante que "Existe una función de suministrar y entregar las placas y la de fabricarlas o elaborarlas. Por esta razón, la fabricación, el suministro y la entrega de las placas como documentos de tránsito son funciones que únicamente pueden ser ejercidas por las 'autoridades del ramo'", en consonancia con lo dispuesto por el art. 8° del Código Nacional de Tránsito. Propera (sic), pues el cargo".

**2. Segundo cargo.**

Se hace consistir en que el régimen de rentas y tributos por concepto de circulación de tránsito no puede ser alterado ni regulado mediante decretos reglamentarios del Gobierno que, en desarrollo del artículo 8° del Código de Tránsito, asignen o distribuyan funciones de tránsito entre las autoridades del ramo. "Si el valor de la placa es una tasa, o un impuesto o una expensa corresponde a la ley, a la ordenanza o al acuerdo municipal establecerlos y designar la entidad u organismo de la administración que lo recaude, controle o destine. Jamás esos valores pueden determinarse por los Institutos descentralizados ni siquiera autorizados por decretos dictados con base en la potestad reglamentaria que, por definición, depende de las normas legales. No se trata del suministro de un servicio o de un bien que el Estado da a los particulares a cambio de una tarifa como el agua, la energía eléctrica, etc. Las placas son documentos públicos cuya expedición se hace en ejercicio del poder público que actúa policivamente. Si esa expedición o el objeto físico en el cual constan causa alguna erogación al particular, será la ley, la ordenanza o el acuerdo quienes lo determinen y no el decreto

reglamentario o el acuerdo de la Junta Directiva del Intra". En consonancia con lo que previene el inciso final del artículo 8° del Estatuto Nacional de Tránsito, el gobierno no puede "interferir, ingresar ni invadir el campo de las rentas de la nación, los departamentos o los municipios, ni el régimen de los impuestos, contribuciones o expensas".

Está de acuerdo el auto suplicado con el planteamiento anterior y en efecto razona como sigue:

> "Específicamente en cuanto hace al Parágrafo 2°, del artículo 2° del Decreto 2199/88, según el cual "La Junta Directiva del Intra fijará el valor de la Placa Unica Nacional", está confiriendo en contra de la Carta Fundamental atribuciones propias del Congreso Nacional, de las Asambleas y de los Concejos Municipales en cuestiones de tránsito, a una autoridad de transporte, ya se trate el valor de dicha Placa Unica de una contribución, de una tasa o de un impuesto, tributo o expensa, toda vez que tal valor es de resorte del sistema tributario "de rentas del estado, de lo fiscal y presupuestal", que solamente compete señalar a aquellos tres órganos de los órdenes nacional, departamental y municipal, conforme al artículo 43 de la Carta. Además tal parágrafo 2° contraría al artículo 8° del Decreto 1344 de 1970. Prospera, también, el cargo segundo".

**3. Tercer cargo.**

Sostiene el actor que la Placa Unica Nacional no puede ser modificada ni cambiada por actos administrativos como las Resoluciones del Ministro de Obras Públicas porque el Código de Tránsito lo prohibe y porque el Decreto 2199 de 1988 le confiere esta potestad al Ministro. Tales actos contradicen el artículo 88 del Código Nacional de Tránsito porque esta norma otorga como característica especial de las placas su permanencia, esto es, que determinada su nomenclatura en cuanto a cada vehículo no puede ser modificada sino por disposición legal y no por una simple resolución ministerial. Enfrentando entonces las resoluciones acusadas con el artículo 1° del Decreto 2199 de 1988 se advierte que esta disposición no autoriza al referido Ministerio para cambiar las actuales placas ni modificar registros y licencias de tránsito con nuevos números de placas. Así, ellas tornan "en modificable, cambiable y precaria las placas" que de acuerdo con el mentado artículo 88 les atribuye el carácter de permanentes.

A lo anterior observa el auto examinado:

> "De otra parte, si es verdad que el Ministro de Obras Públicas y Transportes es autoridad de tránsito en todo el territorio nacional, según voces del numeral 1) del artículo 3°, del Estatuto Nacional de Tránsito, no es menos cierto que por carecer de facultades precisas y especiales para el caso que nos ocupa, no puede adscribirle funciones de tránsito a las autoridades de

transporte y menos todavía para los fines integrales de las resoluciones ministeriales acusadas, toda vez que el artículo 8° del citado Código prevé que es "el gobierno" el que puede adscribir funciones a tránsito, pero a las autoridades "del ramo". El Ministro de Obras Públicas no es "el gobierno" y el Intra no es autoridad "del ramo" de tránsito.

La parte considerativa del Decreto 2199/88 observa finalmente el Despacho, envuelve diversas contradicciones respecto de la placa nacional que, conforme al art. 88 del C. Nal. de Tránsito, tiene el carácter de permanente, confunde autoridades de transporte con autoridades de tránsito, etc. Igualmente prospera el cargo".

## RECURSOS DE SUPLICA:

1. Del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Persigue la infirmación del auto recurrido y para ello argumenta lo siguiente:

a) El Intra sí es autoridad de tránsito de acuerdo con la siguiente normatividad: el Decreto Ley 154 de 1976 modificó la denominación del Consejo Superior de Tránsito por la de "Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre" y el artículo 36 del Decreto Ley 1173 de 1980 dispuso que las funciones de éste último organismo serán ejercidas por la Junta Directiva del Intra. Entonces dentro del elenco de autoridades de tránsito del artículo 3° del Decreto 1344 de 1970 deberá tenerse a tal Junta Directiva. Del mismo modo el Decreto 729 de 5 de marzo de 1970 aprobatorio del Decreto 095 de 1986 (sic) sobre la estructura orgánica del Intra confiere a éste en sus artículos 21; 26, numerales a) a k); 43 numerales i), k) y ñ) igual carácter de autoridad de tránsito. En idéntico sentido se conciben los Decretos 2588 de 1984 en su artículo 18; el Decreto 1173 de 1980 en su artículo 36, el Decreto 2623 de 1985 en sus artículos 6° numerales 1°, 2° y 18; 19; 26 numerales 13 y 45.

b) Sobre el régimen tributario en materia de vehículos y motores arguye: El valor de la placa única nacional no corresponde a ningún gravamen. Se trata de un servicio por el pago de una prestación desempeñada por el Intra.

c) Confunde el actor los términos "permanencia" e "inmodificabilidad". La permanencia de que habla el artículo 88 del Decreto 1344 de 1970 "hace relación a que todo vehículo automotor debe mantener la placa en un sitio o lugar mismo, es decir que todo vehículo debe portarla". Mas no indica como característica de la placa que sea inmodificable.

En relación con "los cuestionamientos hechos al art. 8° de 1334/70 al indicar que el Ministro de Obras Públicas carece de facultades para dictar las normas

objeto de ataque, toda vez que corresponde al "gobierno" dictarlas, me permito manifestar que no ha habido violación del tal precepto. En efecto, establece el art. 57 de la Constitución Nacional que el Presidente de la República y la Ministra del Despacho o los jefes de departamentos administrativos, y en cada negocio particular el Presidente y el Ministro o Jefe del Departamenteo (sic) correspondiente, constituyen el gobierno. Es así entonces que el Decreto 2199/88 está expedido por el gobierno, toda vez que parece refrendado por el Presidente de la República y el Ministro de Obras Públicas y Transporte. Es errónea la apreciación que indica: "El Ministro de Obras Públicas no es el "gobierno" y el INTRA no es autoridad "del ramo de tránsito", ya que es el gobierno Presidente y Ministro el que adscribe la función a una autoridad del ramo. Con base en esta argumentación, es claro que el Ministro de Obras Públicas y Transporte tenía facultad legal para dictar las Resoluciones Nos. 10815/88 y 817/89".

2. Del ciudadano y abogado coadyuvante Guillermo Vargas Ayala.

a) Sobre si el Intra es o no autoridad de tránsito se remite al auto de 21 de septiembre de 1989 (Proceso No. 1212) del también Consejero Ponente en la presente oportunidad y a los argumentos expresados por él en el mismo.

Además el Congreso expidió la Ley 53 de 1989 en la cual "se define al Intra como autoridad de tránsito.

b) En el auto admisorio de la demanda en el Proceso 1043, con ponencia del H. Consejero doctor Samuel Buitrago Hurtado, se trató en forma erudita el tema de la placa para efectos muy diferentes a la imposibilidad de su cambio; su modificación es posible como se modifica el formato de la cédula de ciudadanía, la nomenclatura urbana de los municipios, las libretar (sic) militares.

c) No hay de ninguna manera desviación, cambio o alteración de recursos municipales, departamentales o nacionales. Se responde así a la consideración y decisión correspondiente de estar el Intra proveyendo sobre cuestiones de impuestos que según el auto suplicado les (sic) está vedada constitucionalmente al Intra.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISION:

Se pasa a examinar en su conjunto los recursos de súplica así:

**1. Primer cargo.**

En cuanto a la cuestión sobre si el Intra está o no investido de funciones de autoridad de tránsito estima la Sala que debe revocarse el auto objeto de recurso que se la niega, por las siguientes razones:

a) Los suplicantes invocan diferentes normas de nuestro ordenamiento jú-rico –atrás señalas– que según su entender otorgan al Intra tales funciones de autoridad de tránsito, las cuales deberán ser analizadas y evaluadas sistemática-mente para arribar a la conclusión y decisión que correspondiere. Es decir que en este momento procesal de la suspensión provisional no existen los elementos de juicio certeros, contundentes y definitivos como para llegar a las categóricas consideraciones y determinaciones del auto impugnado que concluyen con la aplicación de la medida precautoria. Así a manera de ejemplo obsérvese que cabalmente el artículo 8° del Decreto 1344 de 1970 (Código Nacional de Tránsito Terrestre) previene que el Gobierno adscribirá las funciones relativas a la expe-dición de licencias de conducción o pases y registro de vehículos y "demás funciones que este Código no atribuya singularmente a alguna, a las autoridades nacionales, departamentales o municipales del ramo". Y el Decreto 2199 de 1988 acusado fue emitido precisamente por el Gobierno (Presidente de la República y Ministro de Obras Públicas) invocando como fuente de facultades el mencionado artículo 8°.

Con motivo de la sentencia se efectuará el estudio concienzudo propio de este acto procesal, teniendo en cuenta tanto las normas señaladas como quebran-tadas por el actor como las que a su vez oponen las partes impugnadoras que del detenido escrutinio jurídico que de unas y otras se haga surja la decisión que corresponda.

**2. Tercer cargo.**

No es ésta tampoco la fase procesal para resolver de una vez sobre el alcance del artículo 88 del Decreto 1344 de 1970 en relación con el vocablo "permanen-cia" perteneciente al mismo.

A primera vista podría pensarse que esa cualidad no quiere decir que la placa nunca se pueda cambiar en sus características hacia el futuro, lo que la haría en principio perpetua. En el fallo se fijará el criterio de esta Corporación al respecto.

De otro lado y tal como lo previene el artículo 1° del Decreto 2199 de 1988 las Resoluciones acusadas se encuentran dentro de las facultades que aquél le confiere el Ministro de Obras Públicas.

Habrá de revocarse el auto sobre este particular.

**3. Segundo cargo.**

Acerca de la atribución conferida a la Junta Directiva del Intra por el Decreto 2199 de 1988 en el parágrafo 2° de su artículo 2° para fijar el valor de la Placa

Unica Nacional, concuerda la Sala con las apreciaciones de la providencia suplicada porque se advierte *prima facie* que se trata de una carga pecuniaria impuesta sobre el administrado y que a su vez constituye ingreso público para el Intra –sea como quiera que se denomine tal valor: impuesto, tasa, contribución, expensas etc– que sólo puede ser establecida o autorizada por el Legislador (ordinario o extraordinario), las Asambleas, o los Concejos dentro de sus órbitas de actividad cual lo previenen los textos constitucionales que se han señalado como desconocidos, a saber: los artículos 43, 76-13, 187-7, 191 y 197-5.

Y todavía se advierte la siguiente incongruencia: el Decreto 2199 de 1988 persigue según su motivación, en virtud del artículo 8° del Decreto 1344 de 1970, "establecer la competencia para determinar las dimensiones, color, nomenclatura y calidad de la Placa Unica Nacional, así como la entidad responsable por su fabricación o elaboración y distribución". Luego la potestad de fijar el precio de la placa no se encuentra relacionada en este texto deduciéndose también que mucho menos podía hacerse delegación de ella a la susodicha Junta Directiva del Intra.

En conclusión de lo dicho, habrá de mantenerse la suspensión provisional del Decreto 2199 en lo que respecta con el parágrafo 2° de su artículo 2°.

El presente Consejero elaboró la ponencia de este proveído por haberse negado en sesión de 31 de enero de 1990, la presentada por el doctor Samuel Buitrago Hurtado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado, DECIDE lo siguiente:

Revócase el numeral 2° del auto suplicado de 21 de septiembre de 1989, con la excepción del parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 2199 de 1988 del Gobierno Nacional que continuará suspendido.

Reconócese como apoderada sustituta en el presente proceso a la Doctora CONSUELO CHAVARRO GARZON, en los términos que establece el poder que obra a folio 200.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al despacho de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

*Simón Rodríguez Rodríguez*, Presidente de la Sección; *Luis Antonio Alvarado Pantoja*, *Samuel Buitrago Hurtado*, Ausente.

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

**COLPUERTOS/ COMPETENCIA/ TARIFA PORTUARIA/ ESTATUTO TARIFARIO**

**Haya o no prestación de servicios directos, por el hecho de transitar dentro del área de la zona portuaria o terminal marítimo y de utilizar facilidades de la misma se genera la aplicación de una tarifa y la persona a cuyo cargo se encuentra la nave adquiere el carácter de usuario. La operación de muelles privados constituye o implica la prestación de un servicio por parte de Colpuertos quien administra y conserva la zona portuaria donde aquellas están ubicadas.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.-* Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 85. Demandante: JORGE HUMBERTO BOTERO ANGULO.

Adelantado el procedimiento de reconstrucción previsto por el Decreto No. 3825 de 27 de diciembre de 1985 para los procesos desaparecidos con ocasión de los sucesos del 6 y 7 de noviembre de 1985 del Palacio de Justicia, se procede a decidir la demanda que en acción pública instauró el ciudadano Jorge Humberto Botero Angulo con la finalidad de obtener se declare la nulidad parcial del Decreto No. 550 de 1981, expedido por el señor Presidente de la República, en cuanto aprobó el Acuerdo No. 848 de 1980 de 1980 proferido por la Junta Directiva de Puertos de Colombia.

## ANTECEDENTES:

### A. *La demanda*

1. El señor Jorge Humberto Botero Angulo, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., solicita se declare parcialmente nulo el Decreto No. 550 de 1981, expedido por el señor Presidente de la República, en cuanto aprobó el Acuerdo No. 848 de 1980 de la Junta Directiva de Puertos de Colombia, "cuyos artículos 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89 y 91" considera violatorios de normas de superior rango jerárquico.

2. Como hechos de la demanda se aducen en síntesis los siguientes:

a) La Junta Directiva de Colpuertos procedió a expedir el Acuerdo No. 848 de 1980 en el que se fijan tarifas por los distintos servicios que presta aquella y por los derechos que genera la operación de los muelles privados.

b) En dicho Acuerdo se autoriza a Colpuertos para exigir a los propietarios y usuarios de muelles privados y a los propietarios de embarcaciones que en ellos atraquen, prestaciones pecuniarias que no derivan de servicios prestados por ella.

c) El decreto 550 de 1981 aprobó el mencionado Acuerdo 848 y en el primero de sus considerandos afirma ser función de la Junta Directiva de Colpuertos, fijar las tarifas por los servicios que presta la Empresa y por los derechos de operación de los muelles privados, versando estos últimos sobre "la sola utilización de facilidades portuarias propiedad de los particulares.

O lo que es lo mismo: Colpuertos fue autorizado, por los preceptos demandados, para exigir a los propietarios y usuarios de muelles privados y a los propietarios de embarcaciones que en ellos atraquen derechos que no se originan en servicios prestados".

3. Como normas violadas y concepto de violación de las mismas plantea el actor en resumen, lo siguiente:

a) Se violó el artículo 3° de la Ley 154 de 1959, por la cual se creó la Empresa Puertos de Colombia, en cuanto en él se autoriza a ésta para recaudar los derechos establecidos por el Decreto No. 407 de 1959 y los que la misma Empresa establezca en el futuro, con aprobación del Gobierno Nacional y los de bodegaje de que trata la Ley 79 de 1931, es decir, por servicios prestados como son los de utilización de los terminales marítimos Estatales y los de bodegaje, mientras que las normas acusadas los establecen sin que se haya prestado servicio alguno, con lo cual también se infringen los artículos 43 y 76 numeral 12 de la Constitución Nacional, pues entender que la autorización a Colpuertos, que prevé

la norma, de establecer, con aprobación del Gobierno, otras fuentes de recaudo que no se causen en nuevos servicios que ésta suministre, implica habilitar al Gobierno, sin limitación temporal, para crear impuestos.

b) Se infringieron los artículos 1°, 3° y 10 del Decreto No. 1174 de 1980, que reestructuró la Empresa dándole el carácter jurídico de Empresa Industrial y Comercial del Estado de conformidad con el artículo 6° del Decreto Ley 1050 de 1968, ya que en ellos se faculta a Colpuertos para fijar tarifas por los servicios que preste, para recaudar su valor y en cuanto a muelles privados, para regularlos y controlarlos.

Las tareas de control y regulación de muelles privados no comprenden la facultad de imponer contribuciones forzosas, ni la administración de los terminales públicos implica servicio alguno cuando las tareas portuarias se realizan en los terminales privados. Las normas acusadas establecen pues, el cobro de derechos sin que haya la contrapartida de la prestación de un servicio.

**B.** ***Los alegatos de conclusión***

1. La parte demandante argumentó en síntesis, lo siguiente:

a) El Decreto 550 de 1981 aprobó el Acuerdo No. 848 de 1980 en cuyo capítulo XII ese encuentran contenidas las normas impugnadas, las cuales tienen en común que implican a favor de Puertos de Colombia retribuciones de carácter pecuniario o pago de tarifas que no se originan en contraprestación de ningún tipo a favor de quienes están obligadas a cubrirlas, mientras que las disposiciones reguladoras de dicha Empresa sólo la facultan para recaudar tarifas por los servicios cuya prestación constituye su cometido u objeto social.

b) La Empresa Puertos de Colombia es una Empresa Industrial y Comercial del Estado y como tal sometida al régimen de derecho privado lo que "implica que el Estado se despoja de sus prerrogativas y accede a comportarse en la forma propia de los particulares, quienes, por regla general, no pueden exigir de terceros prestaciones pecuniarias que no sean correlato de una actividad libre y voluntaria".

c) Los artículos 1° de la Ley 154 de 1959 y del Decreto No. 1174 de 1980 le asignan a la Empresa la prestación de servicios porturarios en los terminales del Estado, de donde la principal fuente de sus rentas consiste en la percepción de tarifas cobradas a los usuarios, razón para que el Decreto 407 de 1958 no tuviera ninguna disposición respecto a la operación de muelles privados.

d) "Las distintas normas atributivas de competencias a Puertos de Colombia indican que puede recaudar de los particulares "derechos" o "tarifas", términos que nosotros creemos sinónimos".

Alejandro Ramírez Cardona, en su obra "Sistema de Hacienda Pública, Segunda Edición, Editorial Temis, p. 221, "define la tarifa o tasa", así:

> "...erogación pecuniaria, directa, no definitiva, al Estado u otros entes públicos de contrapartida directa, personal y de parcial equivalencia limitada por lo máximo al costo contable del servicio". "El elemento esencial característico de la tasa se refiere a la existencia de una contrapartida de parcial equivalencia, personal y directa. Se distingue así claramente del precio (contrapartida de total equivalencia) y del impuesto (contrapartida indirecta, colectiva y sin equivalencia). O sea que la tasa se basa en el sistema del cambio imperfecto "..." en la tasa el beneficio es en parte oneroso y en parte gratuito".

De lo expuesto se deduce claramente, que la tarifa presupone una compensación por los servicios que efectivamente presta a los usuarios un organismo del Estado de índole comercial.

Se afirma que la expresión "derechos" es equivalente a la de "tarifas" y ahora, con base en la doctrina, también se afirma la equivalencia de aquellos con la expresión "tasa".

El mismo autor antes citado, en la obra mencionada, pp. 229 y 230, expone:

"*Las tasas portuarias*. La multiplicidad de servicios que prestan en los puertos las empresas de servicios públicos, da lugar a gran variedad de tasas o derechos que solamente deben pagar quienes se benefician como (sic) el servicio de lancha, de faro y boyas, de bodegaje, de pilotaje, etc.

El derecho que se cobra por el uso de los muebles (sic) marítimos o fluviales respecto de las embarcaciones que atraquen en ellos, es *una típica tasa*, al igual que las antes denunciadas (sic). Se exige por el servicio de atraque y por los que son inherentes a este hecho *sin que siempre sea necesaria una actividad de la empresa pública encargada de administrar el puerto* como la protección de las naves y su tripulación.

Estas tasas tienen por objeto compensar una parte o la totalidad del costo de administración de los puertos y mejoramiento de las dotaciones, servicios y bienes destinados a la satisfacción de las correspondientes necesidades públicas generales".

e) De conformidad con los artículos 674 y 679 del C.C. la construcción de obras en las playas de los mares y los ríos presupone permiso especial de autoridad competente, del que se ocupó inicialmente la Ley 15 de 1876. Posteriormente el Decreto Ley 2349 de 1971 atribuyó a la Dirección General Marítima y Portuaria competencia para conceder el uso privado de las playas con el fin de construir

facilidades portuarias (arts. 87 a 102), con la contraprestacion a cargo del particular concesionario de una, porción de la playa que ocupa con instalaciones portuarias de su propiedad, consistente en la transferencia gratuita e irrevocable, al vencimiento de la concesión, de todas las construcciones, a favor de la Nación.

Es evidente que el legislador no dispuso gravar a los concesionarios de playas con prestaciones monetarias periódicas y menos aún en favor de Colpuertos, que no es la Entidad a la que se ha encomendado la administración de las playas y la potestad de concederlas transitoriamente a los particulares.

f) Las únicas disposiciones del Decreto 1174 de 1980 que se refieren a muelles privados son los artículos $1^{o}$ y $3^{o}$ numeral $6^{o}$ que encomiendan a Colpuertos el control de las labores operativas de todas las obras portuarias cuando se trate de instalaciones de carácter privado y la regulación del funcionamiento de las obras portuarias de carácter privado autorizadas por la Dirección General Marítima y Portuaria, o que sean declaradas como puertos habilitados por el Gobierno Nacional y verificar su cumplimiento.

El control y la regulacion de muelles privados no comporta la potestad de imponer derechos o contribuciones de cualquier índole.

"Desde luego es posible que la ley imponga a los particulares gastos que el Estado debe realizar para someterlos a una inspección o vigilancia especializada, como la que realizan las Superintendencias Bancarias, de Sociedades y de Cooperativas, entre otras.

Más no es posible que la entidad encargada de la vigilancia de ciertas personas y actividades, resuelva, por sí y ante sí, imponer derechos compensatorios de ella, toda vez que la regla ordinaria en nuestra organización Constitucional consiste en que la función policiva se realice con cargo a los recursos ordinarios del Presupuesto Nacional".

g) Colpuertos no es titular de un monopolio para la prestación del servicio portuario que implique a su favor una indemnización cuando DIMAR autoriza a terceros la prestación de tales servicios.

El artículo 31 de la Constitución Política establece que los monopolios deben hacerse por ley y no hay ley que así lo disponga directa o indirectamente. Lo que detenta Colpuertos es la administracón de ciertas facilidades portuarias cons-truidas por el Estado y de las que en el futuro el Gobierno le asigne, pudiendo éste si a bien lo tiene, establecer otra u otras entidades para encomendarles tal servicio.

Los particulares requieren autorización para prestar servicios portuarios que la otorga DIMAR, pero ello no se origina en un supuesto monopolio existente al

respecto de Colpuertos, sino en que las playas son bienes de uso público que sólo pueden ser afectadas al beneficio particular mediante concesión expresa.

h) De lo expuesto se deduce que los derechos cuyo cobro autoriza el Estatuto demandado no implican reciprocidad directa en favor de los concesionarios de muelles privados, por lo que se trata de un tributo o impuesto que de conformidad con el artículo 43 de la Carta, en tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer (fls. 48 a 60).

II. La parte demandada conformada por la Empresa Puertos de Colombia y la Nación –Ministerio de Obras Públicas y Transporte–, aduce en su alegato de conclusión en resumen, lo siguiente:

1. Empresa Puertos de Colombia:

a) "Los servicios marítimos y fluviales de que trata el artículo 1° del Acuerdo No. 848 de 1980 los presta Puertos de Colombia, en los canales de acceso a los muelles privados con su equipo y personal, por lo que los artículos 82, 83 y 84 del Estatuto citado facultan a la Empresa para cobrarlos a los usuarios".

"En aras de la agilización del comercio internacional y de la generación de divisas, se otorgan concesiones para la utilización de bienes de la Nación que son de uso público y por lo tanto imprescriptibles e intransferibles a cualquier título a los particulares, para construír muelles privados que solo podrían obtener permisos o licencias para uso y goce de acuerdo a la ley (artículo 67 del C.C. y artículo 87 del Decreto Ley 2349 de 1971) y como consecuencia de dichas concesiones utilizan los canales navegables de acceso a los muelles privados, canales que pertenecen al Estado Colombiano y cuyo mantenimiento corresponde a Puertos de Colombia (fls. 61 a 64).

2. Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte:

a) "... es claro que la expresión "Terminales y Puertos Nacionales" son todos los que operan dentro del país y bajo su jurisdicción y no puede interpretarse el término "Nacionales" con un sentido restrictivo de "terminales" y "puertos oficiales"; ni puede entenderse el sólo espacio físico de propiedad de la Empresa; debe entenderse en un concepto más amplio y lógico que hace relación a lo que las disposiciones que regulan la materia entienden como "terminal" y "puerto" que es todo aquel espacio dedicado a la recepción de pasajeros y mercancías operado por el Estado o una entidad oficial y/o particulares, espacio anclado en la costa marítima o fluvial, según el caso, para dar abrigo a embarcaciones. Con el mismo criterio debe entenderse la expresión "zona portuaria" del art. 8° de la

Ley 154/59 que le da la responsabilidad total del manejo de la carga dentro de ella".

La Ley 154 de 1959 le otorga a Puertos de Colombia la organización y administración de los Terminales y Puertos Nacionales, la recaudación de los derechos establecidos en el Decreto 407 de 1958, los derechos de bodegaje, la responsabilidad del manejo de la carga dentro de las zonas portuarias y la recaudación de los derechos que la Empresa establezca en el futuro con aprobación del Gobierno.

Es por eso que el Decreto 407 de 1958 al referirse a terminales, puertos, muelles, zonas portuarias no los califica como oficiales o estatales; las normas son de carácter general, filosofía que conserva el Decreto Reglamentario de la Ley 154/59, Decreto 1414 de 1961.

b) El Decreto Extraordinario 2348 de 1971 al crear la Dirección General Marítima y Portuaria le atribuyó la función de autorizar construciones costeras y marítimas (art. 3°) y al referirse a las playas, bienes de uso público, determinó que los particulares sólo podrán obtener concesiones o permisos o licencias para su uso y goce (art. 87), lo que les permite construír muelles privados que no se colocan por fuera de la jurisdicción de Colpuertos, como se desprende del Decreto 561 de 1975.

La norma últimamente citada que reestructuró a Puertos de Colombia conserva las funciones de dirección, administración, explotación, conservación y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales, el mantenimiento de los canales navegables y el control de los muelles privados, pudiendo expedir normas para el funcionamiento de éstos y verificar su cumplimiento, así como fijar las tarifas que deban cobrarse por los servicios portuarios y demás que presten los terminales y señalar los derechos de operación de los muelles privados, es decir, que aquella está facultada para fijar tarifas en los muelles privados (art. 3°).

c) El Decreto Extraordinario 1174 de 1980 al reestructurar a Puertos de Colombia, mantuvo en el artículo 3° las mismas funciones del Decreto 561 de 1975, luego las tarifas fijadas en el acto acusado tienen fundamento legal en el Decreto actualmente vigente.

El artículo 81 del Decreto 550 de 1981 al definir los muelles privados dice "que son las instalaciones privadas legalmente autorizadas dentro de las zonas portuarias...", es decir, que están bajo la jurisdicción de Colpuertos con las implicaciones tarifarias que esto trae.

El Decreto 2465 de 1981, aprobatorio de los Estatutos de Colpuertos, reitera las normas que se han invocado.

d) Las tarifas o derechos que Colpuertos legalmente autorizado puede establecer, no son sólo por los servicios directos que preste, también los generan la operación de los muelles privados, son los "derechos de operación" a que se refiere la ley.

El artículo 1° del Decreto 1174 de 1980 le da a la Empresa el control de las labores operativas de todas las obras portuarias en las instalaciones de carácter privado y tal control se hace también a través del cobro de tarifas y derechos, bien por servicios directamente prestados o por el cobro de derechos de operación.

El artículo 3°., numeral 4° *ibídem* confiere a la Empresa la fijación de tarifas que deban cobrarse por los servicios portuarios y éstos comprenden el uso de canales de acceso, la administración que ejerce y el derecho de uso de una concesión como lo son los muelles privados. Además el numeral 6° del mismo artículo, atribuye a aquella la regulación de obras portuarias de carácter privado y esa regulación comprende el cobro de derechos de operación.

Es decir, que "las facultades que las leyes otorgan a Colpuertos no son sólo en relación con los muelles privados su "regulación y control" como lo afirma el actor, sino además fijar los "derechos de operación de los muelles privados (No. 5o., art. 3° D. 561/75) y ésto es lo que hacen los artículos demandados".

"En síntesis, las tarifas autorizadas a Colpuertos no son sólo por "servicios prestados", sino también por "derechos de operación" dentro de los terminales, puertos y zonas portuarias de su jurisdicción". (págs. 66 a 72).

## C. EL CONCEPTO DE LA FISCALIA:

Considera el señor Fiscal, debe accederse parcialmente a las peticions de la demanda y para ello argumenta, así:

a) Las disposiciones del Decreto-ley 1174 de 1980 solo autorizan a Colpuertos para recaudar tarifas por los servicios que presta y para regular y controlar la operación de los muelles privados, pero no para gravarlos con impuestos.

b) El artículo del Acuerdo 848 de 1980 aprobado por el Decreto 550 de 1981 acusado, no hace relación a los muelles privados, pues se refiere a las instalaciones del Terminal Marítimo de Tumaco y a su promoción y, la administración y explotación de este Terminal corresponde a la Empresa Puertos de Colombia (fls. 231 a 234).

## CONSIDERACIONES:

1. Se referirá en primer lugar la Sala a las excepciones de inepta demanda y cosa juzgada, cuya declaratoria a petición de parte, o de oficio, solicita la parte demandada (fls. 260 a 264 y 266 a 270).

2. El artículo 164 del C.C.A., en armonía con el artículo 207 numeral 3° *ibídem* preceptúa que las excepciones podrán proponerse en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos y que sobre ellas, así como sobre las que el fallador encuentre probadas se decidirá en la sentencia.

2. El artículo 97 del C. de P.C., al que remite el artículo 163 del C.C.A., contempla como excepción, en su numeral 5°., la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales.

Sostiene la parte demandada que al no impugnarse el artículo del Decreto 550 de 1981 el cual integra con los artículos 82, 83 y 84 una proposición jurídica completa, pues éstos son complementarios y subordinados del primero, la demanda es inepta. Agrega que el artículo 85 aclara y especifica que las tarifas contempladas en las restantes normas antes citadas se cobran por concepto de servicios marítimos prestados sobre y en los canales de acceso, es decir, por el uso y aprovechamiento ya directo o indirecto de todas las instalaciones, facilidades y ayudas técnicas que utilizan, necesariamente, las embarcaciones que recalan en los muelles privados (fl. 269).

Si bien es cierto que el artículo 85 se ocupa de precisar que los servicios marítimos a las embarcaciones en muelles privados se prestan sobre los canales de acceso que administra y conserva COLPUERTOS y que los artículos 82, 83 y 84 fijan tarifas por servicios en muelles privados, no significa lo anterior que un pronunciamiento jurisdiccional sobre las últimas normas invocadas, implique necesariamente la impugnación de la primera de ellas, ya que aunque las tarifas se originan en la prestación de servicios, el artículo 85 se limita a precisar que tales servicios, en muellees privados, tienen lugar en los canales de acceso de uso internacional público.

Lo que se discute en el presente proceso no es el lugar donde se pretan los servicios respecto de muelles privados, sino la competencia de COLPUERTOS para fijar tarifas con relación a ellos.

Por la razón anterior no encuentra probada la Sala la excepción de inepta demanda.

3. El artículo del C.C.A., para efectos de la configuración de la cosa juzgada, en tratándose de sentencia en virtud de la cual se negó la nulidad impetrada, como ocurre en el caso *sub-judice*, con la Sentencia de 14 de septiembre de 1985 de la Sección Primera de esta Corporación, exige identidad entre la causa potendi juzgada en el primer proceso y la aducida en el segundo.

La *causa petendi* de toda demanda está conformada por las normas que invocan como violadas en relación con el concepto de violación de las mismas, lo que implica que en el proceso que se inicie con posterioridad a la sentencia frente a la cual se aduce le excepción se invoquen como infringidas las mismas normas que lo fueron en el primero.

En el caso *sub-lite* tal identidad no se da, en la medida en que se plantean como vulneradas normas que no lo fueron en el proceso que dió origeen a la sentencia de 14 de diciembre de 1985 de esta última Sección que negó la declaratoria de nulidad del artículo 88 del Acuerdo No. 848 de 22 de diciembre de 1980 expedido por la Empresa Puertos de Colombia y aprobado mediante Decreto No. 550 de 6 de marzo de 1981, tales son la Ley 154 de 1959, artículo 3° y el Decreto Ley No. 1174 de 1980, artículos 1°, 3°, 10 y 18. Aunque en el proceso relacionado con dicha sentencia se mencionan en la demanda como violados los artículos 43 y 76-12 de la Carta Política, en el presente proceso éstos apenas se mencionan sin ningún desarrollo conceptual.

Acerca de la otra sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no la considerará la Sala por obrar en copia informal no autenticada y sin certificación sobre su firmeza.

Por la razón anterior no procede declarar probada la excepción mencionada en lo que atañe al artículo 88 del Estatuto citado.

4. En cuanto concierne a las restantes normas acusadas en el presente proceso, ellas no fueron materia de la pretensión de nulidad en el proceso que culminó con la Providencia mencionada. Su legalidad en aquella ocasión no fue cuestionada y por tanto el fallador no emitió pronunciamiento alguno al respecto y ello independientemente de que ciertamente como lo aduce la parte demandada se haya hecho relación en dicho fallo a algunas de tales normas, en la medida en que si bien éstas se analizaron para efectos de deducir el contenido de la que fue materia de juzgamiento, ello no presupone decisión sobre la legalidad de las mismas.

Por la razón antes expuesta, a más de la que se adujo en el punto anterior, no encuentra tampoco, la Sala, probada la excepción de cosa juzgada respecto de los artículos 82, 83, 84, 86, 87, 89, 90 y 91 del Estatuto mencionado.

II. De las peticiones de la demanda, de los hechos que les sirven de fundamento, de las normas que se invocan como violadas y del concepto de su violación, así como de los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión de las partes, se deduce que en el presente proceso el debate se centra en torno a la dilucidación sobre si las tarifas establecidas en los artículos 82 a 84 y 86 a 91 del Acuerdo No. 848 del 22 de diciembre de 1980, proferido por la Junta Directiva de COLPUERTOS y aprobado por el Decreto No. 550 de 6 de marzo de 1981 se originan en la prestación de servicios directivos por parte de COLPUERTOS –utilización de algunas de las facilidades e instalaciones portuarias, o en la operación de los muelles privados– servicios no directos y como consecuencia de ello si COLPUERTOS está o nó autorizado legalmente para fijar y recaudarlas.

III. Si bien las disposiciones impugnadas se hallan contenidas en los artículos 82 a 84 y 86 a 91 (Capítulo XII) del Estatuto mencionado, considera necesario la Sala, a efectos de precisar su contenido y alcance, ubicarlos dentro del contexto general normativo del cual hace parte.

El Decreto No. 550 de 6 de marzo de 1981 "Por el cual se aprueban las tarifas para los servicios que presta la Empresa Puertos de Colombia "COLPUERTOS" y "los derechos de operación de los muelles privados", invoca como fundamento legal, en el primero de sus considerandos, los artículos 3°., numeral 4° y 10, numeral 3° del Decreto 1174 de 14 de mayo de 1980 que reestructuró a "COLPUERTOS" y del siguiente tenor literal:

> "Artículo 3°. Para el cumplimiento de sus objetivos la Empresa tendrá las siguientes funciones:
>
> 4. Con aprobación del gobierno Nacional, *fijar las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que presten los terminales*.
>
> Artículo 10. Son funciones de la Junta Directiva Nacional:
>
> 3. Con aprobación del Gobierno Nacional, *fijar las tarifas que deban cobrarse por los servicios que preste la Empresa*".

La expresión "terminal" que utiliza la primera de las normas transcritas, la define el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española así:

> "Terminal: Final, último y que pone término a una cosa. Cada uno de los extremos de una línea de transporte público".

El mencionado Decreto 550 de 1981 aprueba el Estatuto Tarifario fijado por el Acuerdo No. 848 de 22 de diciembre de 1980, cuyo artículo 1° dispone:

"Fijar las siguientes tarifas y su reglamento respectivo para los *servicios* que preste la Empresa Puertos de Colombia en los terminales marítimos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta, Tumaco, San Andrés, Leticia y los *derechos de operación de muelles privados localizados dentro de las zonas de los respectivos puertos*".

Para tales efectos el Estatuto establece una serie de regulaciones comprendidas en XII capítulos y que pueden agruparse en cuatro partes, así:

**Primera parte:**

Normas generales que contemplan enumeraciones y definiciones para fines de la recta interpretación y aplicación del mismo, conformada por los Capítulos I a V, artículos 1° a 24 (cuyo contenido es el siguiente (...) p. 21).

Capítulo I. Enumeración y definición de los servicios marítimos y fluviales a las embarcaciones; enumeración y definición de los servicios a la carga y enumeración y definición de servicios varios (artículo 1° a 5°).

Capítulo II. Clasificación y definición de las embarcaciones para efectos de la prestación y cobro de servicios (artículo 5°).

Capítulo III. Enumeración y definición de los tipos de cargamento (artículo 6°).

Capítulo IV. Aplicación de las tarifas (artículos 7° a 10), en el cual se destacan para fines del presente proceso los artículos 7°, 8° y 9° del siguiente tenor:

"Artículo 7°. Los servicios contemplados en el Capítulo I del preseente estatuto, se facturarán y cobrarán a la persona natural o jurídica que solicite el *servicio* a su representante.

Artículo 8. Para los efectos del artículo anterior, se entiende:

Usuario. Es toda persona natural o jurídica que *utiliza* las instalaciones y *facilidades* o recibe servicios de la Empresa Puertos de Colombia.

...

Artículo 9°. *El tránsito de embarcaciones* dedicadas al transporte marítimo internacional, de cabotaje o fluvial, *dentro de las zonas de los puertos, el uso de cualquiera de las facilidades o instalaciones de las mismas zonas o de las situadas en el área de los puertos terminales*, o la utilización de las *tarifas vigentes por parte de toda persona natural o jurídica que haga uso de tales facilidades* o servicios".

Capítulo V. Conceptos básicos para la liquidación (artículos 11 a 24).

**Segunda parte**:

Fijación de tarifas en razón de los distintos servicios que se prestan a los usuarios, notificación y cancelación de facturas y cobro de intereses comprende los Capítulos VI a XI artículos 25 a 80, (...) p. 23 (cuyo contenido es el siguiente:

Capítulo VI. Tarifas por servicios marítimos y fluviales a las embarcaciones, es decir, los contemplados en el Capítulo I., artículos 1° como son pilotaje, remolcador, fondeadero, ataque, desatraque, permanencia en muelle y zarpe de las embarcaciones que arriben a Puerto Colombiano con destino a muelles de la Empresa o a fondeadero sin trabajar o por concepto de reparaciones a las embarcaciones en muelles de la Empresa o en fondeo.

Capítulo VII. Tarifas por servicios a las embarcaciones en puertos, o sea por los relacionados en el Capítulo I., artículo 2° como son operaciones, actividades, cargue y/o descargue de embarcaciones en fondeo o en muelle y por suministro de luz, agua, combustible, teléfono, etc.

Capítulo VIII. Tarifas por servicios a la carga a que se refiere el Capítulo I. artículo 3°., es decir, por concepto de manejo, almacenaje, movilización de carga; trabajos especiales; pasaje y cubicaje; cargue y descargue de camiones, vagones, similares y manejo terrestre; utilización de las instalaciones portuarias y vigilancia portuaria.

Capítulo IX. tarifas por servicios varios, es decir, los contemplados en el Capítulo I., artículo 4° o sea alquiler de equipos, alquiler de tarimas (pallets) y suministro de formularios.

Capítulo X. Fijación de tarifas especiales por servicios a los contenedores, por servicios especiales de pilotaje y remolcador, importación en tránsito terrestre, importación de petróleo o combustible por intermedio de Ecopetrol, etc.

Capítulo XI. Normas sobre facturación e intereses.

**Tercera parte**:

En ella se encuentran comprendidos los artículos 81 a 90 y por tanto, la gran parte de las normas demandadas een el presente proceso (artículos 82 a 84 y 86 a 90) (...) p. 24.

Los artículos 81 y 85 que no han sido materia de impugnación prescriben:

"Artículo 81. Definición de muelles privados.

Son muelles privados, *las instalaciones privadas*, legalmente autorizadas, *localizadas dentro de las zonas portuarias*, habilitadas para el ataque, desataque, cargue y descargue de embarcaciones, con cargamento de propiedad del concesionario del muelle, que sean del giro ordinario de su actividad industrial, que vayan a ser o hayan sido transformadas en sus instalaciones o factorías.

Artículo 85. Los servicios marítimos a las embarcaciones en muelles privados solo se prestan sobre los *canales de acceso* de uso internacional público".

Los artículos 82, 83, 84, 86, 88, 89 y 90 establecen tarifas por servicios en muelles privados, así:

a) Por servicios a las embarcaciones que hacen tráfico internacional (art. 82), de cabotaje (art. 83) y fluvial (art. 84) que arriben a muelles privados.

b) Por concepto de movilización por muelles privados de cargamentos de importación, exportación y cabotaje, cuando sean de propiedad del concesionario del muelle privado, del giro ordinario de su actividad industrial y hayan sido o vayan a ser elaborados o transformados (art. 86) y por el mosmo concepto pero cuando el cargamento sea de propiedad de un tercero, o siendo de propiedad del concesionario no sean del giro ordinario de su actividad industriaal, o no hayan sido o vayan a ser elaborados y transformados (art. 88).

c) Por concepto de movilización por muelles privados de cargamentos líquidos a granel o gases licuados de propiedad del concesionario del muelle y que no sean del giro ordinario de su actividad industrial (artículo 89).

Los artículos 87 y 90, demandados, establecen normas para liquidar y facturar las tarifas por movilización de cargamento y la forma de acreditar los requisitos que dan derecho a la aplicación de las tarifas previstas en el artículo 86.

**Cuarta parte**:

Comprende el art. 91 (del Capítulo XII) también demandado, en el cual se fijan tarifas especiales para el Puerto de Tumaco, con la finalidad de estimular su utilización, por consideraciones de orden social y económico de dicho sector.

IV. De lo antes expuesto se concluye que en las normas impugnadas se contienen disposiciones que establecen tarifas y las regulan y que atañen a dos situaciones bien distintas, cuales son:

1. Fijación y normación de tarifas referidas a las embarcaciones que arriben a muelles privados y a movilización por éstos de cargamento (artículos 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89 y 90).

2. Fijación de tarifas especiales o de promoción para el Puerto de Tumaco (art. 91).

El examen de las normas se hará, en consecuencia, en forma separada.

V. Las tarifas que el estatuto establece en los Capítulos VI, VII y IX, cuando no se trata de muelles privados son, de una parte integrales y de otra se originan a la luz del artículo 9º *ibídem* antes trranscrito, en la ocurrencia de uno o varios de los siguientes supuestos de hecho:

a) *Tránsito* de embarcaciones dedicadas al transporte marítimo internacional, de cabotaje o fluvial *dentro de las zonas portuarias*.

b) *Uso de cualquiera de las facilidades* o instalaciones de las *mismas zonas o de las situadas en el área de los puertos terminales*.

c) Utilización de los servicios que presta la Empresa.

Son integrales, en la medida en que la fijación, facturación y cobro de las mismas no tienen lugar en forma independiente frente a la realización de dos o más de los supuestos antes enumerados. Así por ejemplo, lo que el capítulo VI denomina servicios "marítmos y fluviales a las embarcaciones" se fijan, facturan y liquidan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25., por períodos de 24 horas o fracción y sobre la eslora total de la embarcación, de manera que si una nave atraca en muelle de la Empresa, la tarifa comprende el tránsito dentro de la zona portuaria, el uso de facilidades portuarias como lo es el acceso por los canales navegables y la utilización de ayudas técnicas como las de boyas, faros y finalmente la utilización de las intalaciones –muelle– de aquella. Adicionalmente, puede prestarse a la nave un servicio específico o directo, como el de pilotaje o remolcador y éste también estará integrado en la tarifa única que por permanencia en muelle y sobre la eslora total y el tiempo de dicha permaneencia haya de cancelarse.

Vale la pena destacar que el Estatuto, indiscriminadamente denomina a todas y cada una de tales situaciones como "servicios" aunque como ya se anotó, algunas no impliquen propiamente actividad directa de la Empresa, o prestación de un servicio directo, como ocurre con el simple tránsito dentro de la zona portuaria, la utilización de ayudas técnicas de boyas y faros y en general el uso de instalaciones portuarias de la Empresa, que atrás se denominaron servicios no directos y que de conformidad con el artículo 9º antes transcrito generan la

aplicación de las tarifas vigentes a título de simple tránsito dentro de las zonas de los puertos o de uso de facilidades de las mismas zonas o de las situadas en el área de los puertos terminales y la denominación de usuario, según el artículo 8º también transcrito, para quién transite o utilice las facilidades o instalaciones de la zona portuaria o del terminal marítimo. En otras palabras haya o no prestación de servicios directos, por el hecho de transitar dentro del área de la zona portuaria o terminal marítimo de utilizar facilidades de la misma se genera la aplicación de una tarifa (art. 9º) y la persona o cuyo cargo se encuentra la nave adquiere el carácter de usuario (art. 8º).

VI. Las tarifas establecidas en el capítulo XII., artículos 82 a 84 y 86 a 90 demandados, son también integrales y se originan en aplicación del artículo 9º citado y cuya legalidad no se cuestiona, en armonía con el art. 81 *ibídem* tampoco impugnado y atrás transcrito, en la ocurrencia necesaria de los dos primeros supuestos antes enumerados –tránsito dentro de la zona portuaria y uso de facilidades portuarias–, mas no en el uso de instalaciones de la empresa COLPUERTOS, lo que explica que las tarifas sean más bajas que las ordinarias, puesto que cuando no se trata de muelles privados, se utilizan además instalaciones de aquella, es decir, que se prevén en el Estatuto tarifas ordinarias o gravosas cuando la utilización de los servicios indirectos es total y tarifas diferenciales o más reducidas cuando entre éstos no se encuentra utilización de instalaciones de la Empresa sino de las que hacen parte del muelle privado. Desde luego que a las embarcaciones con destino a muelles privados también se les puede suministrar servicios directos los que tienen lugar sobre los canales de acceso y no en las instalaciones de la empresa, razón para también en este caso la tarifa sea más baja o diferencial.

De lo anterior se concluye con meridiana claridad que las normas mencionadas (artículos 9º, 8º, inciso 2º y 81), vigentes y cuya legalidad no discute el demandante, en su orden preceptúan que el sólo tránsito de las embarcaciones dentro de las zonas portuarias o la utilización de cualquiera de las facilidades de éstas genera o presupone la aplicación y cobro de tarifas que el estatuto, como ya se dijo, regula como servicio en forma indiscriminada, el calificativo de usuario de los mismos y estando los muelles privados, por definición (art. 8º) localizados dentro de las zonas portuarias, el desarrollo de las operaciones, actividades o labores propias de éstos implica necesariamente la utilización de tales servicios, pues deben circular o transitar dentro de la zona portuaria y utilizar las facilidades de éstas como son los canales de acceso o canales navegables y las ayudas técnicas de arribo al terminal marítimo.

Como bien lo afirma la parte demandada las tarifas se cobran por conceptos de servicios marítimos prestados sobre y en los canales de acceso tal como lo dispone el art. 85 no cuestionado, es decir, por el uso y aprovechamiento –ya directo o indirecto– de los canales, facilidades y ayudas técnicas que utilizan

necesariamente las embarcaciones que recalan en los muelles privados. Por ejemplo, el caso de las embarcaciones que llegan al terminal marítimo y fluvial de Barranquilla, pasando por el canal de acceso de "Bocas de Ceniza" (fl. 269).

Estando vigentes y amparadas por la presunción de legalidad las normas antes invocadas no puede menos de concluír la Sala que los artículos 82 a 84 y 86 a 90 demandados son el simple desarrollo de éstas en cuanto se limitan a señalar el valor de la tarifa que no el derecho mismo a fijarlas, ni el concepto que las genera –servicio–, puesto que estos aspectos fueron normados en las primeras y ya se precisó que se encuentran vigentes y que su legalidad no ha sido cuestionada (...) p. 32.

Ya está Corporación, a más de los innumerables casos en que ha apoyado sus decisiones en la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos, tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto con ocasión de la sentencia de 14 de diciembre de 1985, incorporada a este proceso, y a la que se hizo mención en el I de éstos considerandos, en la que esta Sala basó su providencia denegando la declaratoria de nulidad del artículo 88 del Estatuto Tarifario de Colpuertos, también aquí demandado, en la vigencia y en la presunción de legalidad de los artículos 81 y 86 *ibídem*, que en dicho proceso no fueron cuestionados, como tampoco en el presente proceso el primero de ellos. Dijo en aquella oportunidad la Sala:

> "Parte el demandante del error conceptual que aquí se está en presencia de un impuesto decretado por una entidad del orden administrativo, error en que por otra parte podría incurrirse si se considera en forma aislada el susodicho artículo 88 como lo pretende el actor. Y es que para el correcto entendimiento de esta norma no puede prescindirse del contenido del Estatuto Tarifario, tales como los artículos 81 y 86 con los cuales guarda íntima relación".

Concluye la Sala afirmando que el Estatuto Tarifario, art. 86 no cuestionado, da por establecido que cuando los muelles a que se reefiere l art. 81 –muelles privados– no cumplan los requisitos establecidos en tal disposición se someten al tratamiento propio de los muelles de propiedad de COLPUERTOS y ello con fundamento en que tales regulaciones legales no han sido impugnadas:

> "Al tenor de las precedentes consideraciones, debe concluírse que en el tantas veces citado artículo 88 no se fijó tarifa alguna con cargo a "muelles privados", como lo plantea el demandante, *sino solo con respecto a muelles que se tienen, de acuerdo con reglamentación no cuestionada*, como de propiedad de COLPUERTOS" (fl. 256 y 257).

A riesgo de abundar la Sala hará otras precisiones sobre el aspecto que aquí se analiza.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la expresión "zona portuaria", así:

"Extensión considerable de terreno cuyos límites están determinados por razones administrrativas, políticas, etc".

Que las embarcaciones con destino a las instalaciones que conforman los muelles privados, utilizan facilidades portuarias, como son los canales navegables de acceso, lo reafirma el artículo 85 del Estatuto cuya legalidad tampoco discute el demandante, cuando dispone:

"Los servicios marítmos a las embarcacioes en muelles privados solo se prestan sobre los canales de acceso...".

Lo anterior, además, en razón a que a tales embarcaciones también presta COLPUERTOS algunos de los servicios que atrás se denominaron directos, como son los de pilotaje y remolcador, en la medida en que ya el Decreto No. 0407 de 8 de marzo de 1958 en sus artículos Primero, Sección I. y Octavo hacían obligatoria la utilización de tales servicios, respectivamente, para todo buque marítimo internacional y de cabotaje mayor de 500 y 2.000 toneladas netas de registro, disposiciones que la Resolución No. 000176 de 3 de abril de 1985 proferida por el Gerente General de COLPUERTOS, que actualmente establece el Reglamento General de Operaciones Portuarias, en sus artículos 16 y 20 reitera.

Las tarifas por los citados servicios indirectos que siempre tienen ocurrencia, como ya se expuso y, por los servicios directos cuando éstos se prestan, son integrales, ya que como ocurre con ellas cuando se trata de servicios en muelles o instalaciones de la Empresa, a que se hizo relación en el punto V., anterior , se fijan, facturan y cobran sobre las bases establecidas en la parte general del Estatuto, es decir, para el caso analizado, servicios a las embarcaciones (art. 25) sobre la eslora total de la embarcación y sobre el tiempo de permanencia en muelle. Lo mismo ocurre en tratándose de servicios de movilización de carga, que se fijan, facturan y liquidan sobre la tonelada peso o volumen (art. 40 a 48, 54 a 56 y 69, 72 a 74) o en consideración al valor de la carga o tarifa *ad-valorem* (art. 86).

VII. Como se deduce de lo antes expuesto, las tarifas para operaciones en muelles de la Empresa presuponen tránsito de las embarcaciones dentro de la respectiva zon aportuaria, uso de facilidades de la zona portuaria o del terminal y utilización de las instalaciones portuarias de la Empresa Puertos de Colombia –COLPUERTOS–, mientras que las operaciones en muelles privados implican

las dos primeras y excluyen la última, razón que, como ya se dijo, explica la fijación de tarifas diferentes para una y otra operación o actividad. Tránsito, uso y utilización que el mismo Estatuto al fijar las tarifas denomina "servicios" y que en el primero de sus considerandos, refiriéndose a los Muelles Privados, califica como derecho de operación".

Lo anterior lleva la Sala a concluír sin hesitación alguna que las taifas fijadas ene los artículos 82 a 84 y 86 a 90 del Acuerdo No. 848 de 1990, apoderado por el Decreto 550 de 1981, acusados, se fundamentan en la prestación de servicios no directos o derechos de operación de los muelles privados.

VIII. Establecido el origen o fundamentación de las tarifas a que se refieren las normas que se acusan en el caso *sub-lite*, corresponde determinar si COLPUERTOS está o no legalmente facultado para establecerlas y recaudarlas.

El Decreto Ley 1174 de mayo de 1980 "por el cual se reestructura la Empresa Puertos de Colombia" y que se invocca como sustento de la normación impugnada, en sus artículos 1°, 3°, 6° numeral 3°, 10, numeral 3°, 12, numeral 7°, 18, numerales 1° y 3°, 19, 20 y 21, preceptúa, respectivamente, lo siguiente:

"Artículo 1°. La empresa PUERTOS DE COLOMBIA "COLPUERTOS" creada por la Ley 154 de 1959, funcionará como Empresa Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Obras Públicas y Transporte. En los términos del presente decreto, la empresa tendrá a su cargo la dirección, administración, explotación, conversación 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 (...) p. 37.

Artículo 3°. Para el cumplimiento de sus objetivos la Empresa tendrá las siguientes funciones:

1. Por intermedio de cada uno de sus terminales organizar y prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga.

2. Igualmente, por intermedio de cada uno de sus terminales organizar y prestar otros servicios adicionales, propios de la labor portuaria.

3. Construír nuevas facilidades portuarias, con sus propios fondos o con los que el Gobierno le asigne.

4. Con aprobación del Gobierno Nacional, *fijar las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que presten los terminales*.

5. Prestar los servicios de vigilancia en los puertos a su cargo, a través del cuerpo especializado que con este fin organice las Fuerzas Armadas.

6. Regular el *funcionamiento de las obras portuarias de carácter privado* que hayan sido autorizadas porr la Dirección General Marítima y Portuaria, o que sean decalradas como puertos habilitados por el Gobierno Nacional, y verificar su cumplimiento.

7. La empresa podrá celebrar con otras entidads públicas o privadas los contratos necesarios para la mejor prestación de los servicios portuarios.

8. El mantenimiento de las instalaciones y equipos necesarios para el normal funcionamiento del terminal.

ARTICULO 10. Son funciones de la Junta Directiva Nacional:

3. Con aprobación del gobierno Nacional, *fijar las tarifas que deban cobrarse por los servicios que preste la Empresa.*

ARTICULO 12. Son funciones del Gerente General:

7. Adoptar, previo conocimiento de la Junta Directiva Nacional, las regulaciones necesarias para la *prestación de los servicios de que tratan los numerales* $1^{o}$, $2^{o}$, $4^{o}$ y $6^{o}$ *del artículo* $3^{o}$ del presente decreto.

ARTICULO 18. El patrimonio de la Empresa estará formado por:

1. Todos los bienes, derechos, acciones, instalaciones y servicios complementarios de trabajo de los terminales marítimos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta, San Andrés, Tumaco, Leticia y de los que en el futuro se incorporen a la Empresa.

3. Los rendimientos de sus propios bienes y los recaudos que obtenga por prestación de servicios.

ARTICULO 10. Los recursos que perciba la empresa por prestación de servicios se distribuirán de la siguiente manera:

1. A la Oficina Principal, se asigna el 20% de los ingresos provenientes de *facturaciones que se hagan a los diferentes usuarios.*

2. A cada uno de los terminales se destina el 80% de sus propios ingresos.

ARTICULO 20. Con los recursos a que se refiere el numeral $1^{o}$ del artículo anterior se formará el presupuesto de la Oficina Principal con cargo al cual se

fianciarán los gastos de funcionamiento de ésta y de los terminales marítimos y fluviales a su cargo, los programas de inversión y rehabilitación en obras y equipos y el servicio de la deuda externa y de la deuda interna cuando dichos recursos se destinen a inversión.

ARTICULO 21. Con los recursos de que trata el numeral 2° del artículo 19 se elaborarán los presupuestos de cada uno de los terminales, y se atenderá con ellos la totalidad de sus gastos de funcionamiento.

PARAGRAFO. Los terminales marítimos y fluviales podrán destinar el *superávit* presupuestal para la ejecución de obras y la adquisición de equipos siempre que corespondan al programa de desarrollo nacional y con la previa autorización de la Oficina Principal".

IX. De las normas mencionadas y transcritas se desprende que el desarrollo de las "labores operativas de todas las obras portuarias de carácter privado" a que alude el atículo 1°, inciso segundo, parte final, del Decreto 1174, o el "funcionamiento de las obras portuarias de carácter privado" que menciona el mismo Decreto en su artículo 3°, numeral 6°, en otras palabras la operación de muelles privados constituye o implica la prestación de un servicio por parte de COLPUERTOS quien administra y conserva la zona portuarira donde aquellas están ubicadas, pues como tal lo califica expresa e inequívocamente el artículo 12, numeral 7°, *ibídem* y por tanto, se ubica tal operación dentro de lo que el artículo 3° numeral 4° denomina "demás servicios que prestan los terminales", facultando a su vez a Colpuertos para fijar las tarifas que deban cobrarse por tal servicio, con aprobación del Gobierno Nacional, servicios que consisten indefectiblemente en el tránsito dentro de la zona portuaria y en la utilización de facilidades portuarias y en ocasiones de servicios específicos, los primeros conforman lo que en estas consideraciones se han denominado servicios indirectos, o derechos de operación.

Existe pues, la norma con carácter de "ley" que reclama el demandantee para el establecimiento y cobro de tarifas, por parte de Colpuertos, que no se originen en la prestación de servicios directos o en la recepción de beneficios específicos y que no implican actividad especial por parte de aquél, sino que se basan en el desarrollo de las labores operativas o en el funcionamiento de obras portuarias de carácter privado, o en lo que atrás se ha denominado servicios indirectos o derechos de operación.

No cree la Sala que las tarifas, como ya se anotó, reguladas en el Estatuto y demandadas se hayan establecido aduciendo las facultades de "control" de las labores operativas, o de "regulación" de funcionamiento de las obras portuarias de carácter privado que atribuyen a Colpuertos los artículos 1° y 3° numeral 6°

citados, es decir, en el ejercicio de funciones de carácter policivo-administrativo, como lo insinúa el demandante, ya que como se dejó sentado, el artículo 12 numeral 7° califica tales labores o tal funcionamiento como servicios que generan tarifas, a más de que el Estatuto Tarifario en su artículo 9° en armonía con los artículos 8° y 7° *ibídem*, les da a aquellas tal calificativo y al que utilice para el tránsito de embarcaciones dedicadas al transporte y al que utilice para el tránsito de embarcaciones dedicadas al transporte marítimo internacional, de cabotaje o fluvial zonas portuarias, o facilidades de las mismas, el calificativo expreso de usuarios de servicios.

De otra parte, aún en el supuesto de admitir la interpretación que sugiere el demandante, existiría la norma con carácter de "ley" que autoriza a Colpuertos para fijar, facturar y recaudar derechos por concepto de desarrollo de labores o cumplimiento de funciones policivo-administrativas, cual es el artículo 3° numeral 4° en armonía con el artículo 12 numeral 7° del Decreto Ley No. 1174 de 1980.

Tampoco considera la Sala que la fundamentación aducida por Colpuertos, aunque no en forma expresa al decir del demandante, en el Estatuto Tarifario, sea un supuesto o presunto monopolio de la actividad portuaria que éste estima detentar, como lo pretende aquél, que generaría una presunta indemnización por permitir que ella sea desarrollada por particulares, pues como ya se dijo, existe la norma que prevé tal facultad con total independencia de la citada figura del monopolio y que el mismo Estatuto invoca expresamente en el primero de sus considerandos, cual es el artículo 3° numeral 4°.

X. El Decreto 2465 de 10 de septiembre de 1981 "por el cual se aprueban los Estatutos de la Empresa Puertos de Colombia", adoptados por el Acuerdo No. 0857 de 4 de mayo de 1981, reitera las disposiciones antes transcritas del Decreto 1174, (...) 41 cuando en sus artículos 5° numeral 6°, 18 numeral 6° y 22 numeral 6° prescribe:

> "artículo 5°. Para el cumplimiento de sus objetivos la Empresa tendrá las siguientes funciones:
>
> 6. Regular el *funcionamiento de las obras portuarias de carácter privado* que hayan sido autorizadas por el Director General Marítima y Portuaria o que sean declaradas como puertos habilitados por el Gobierno Nacional, y verificar su cumplimiento.

Se entiende por muelles privados, las instalaciones privadas, legalmente autorizados, localizadas dentro de las zonas portuarias, habilitadas para el atraque, desatraque, cargue y descargue de embarcaciones, con cargamentos de propiedad del concesionario del muelle, que sean del giro ordinario de su actividad industrial, que vayan a ser o hayan sido transformadas en sus instalaciones o factorías.

Se entiende por obras portuarias las instalaciones ejecutadas por el hombre y apropiadas para el normal desarrollo de la actividad de un puerto marítimo o fluvial, tales como construcciones , reparaciones, mantenimiento etc. de su infraestructura física fija o móvil.

"Artículo 18. Funciones de la Junta Directiva Nacional. Son funciones de la Junta Directiva Nacional:

6. Fijar, con aprobación del Gobierno Nacional, las tarifas que deba cobrar la Empresa por los servicios que preste.

"Artículo 22. Son funciones del Gerente General:

6. Adoptar, previo conocimiento de la Junta Directiva Nacional, las regulaciones necesarias para la *prestación de los servicios de que tratan los numerales* 1°, 2°, 4° y 6° *del artículo 5° del presente Acuerdo*".

XI. Aún a riesgo de abundar en esta consideraciones, estima conveniente la Sala hacer notar que la facultad ejercitada en los artículos 82 a 84 y 86 a 90 del Acuerdo No. 848 de 1980, consistente en la fijación, liquidación, facturación y recaudo de tarifas para la situación fáctica a que ellas se refieren, se encontraba prevista desde la norma misma que creó a Colpuertos y que ella se ha mantenido a lo largo de todas las disposiciones que se han ocupado de regular esta materia.

En efecto:

I. La Ley 154 de 24 de diciembre de 1959 creó la entidad pública denominada "PUERTOS DE COLOMBIA" con el objeto principal de organizar y administrar los terminales y puertos nacionales (art. 1°), conformando su patrimonio con todos los "bienes, derechos, instalaciones, servicios y capital de trabajo de los puertos y terminales marítimos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, San Andrés, Santa Marta, Tumaco y de los demás puertos marítimos y fluviales que en el futuro sean incorporados por el Gobierno a la Empresa" (art. 2°) y la facultó para "*recaudar los derechos establecidos en el Decreto No. 0407 de 1958, y los que la misma Empresa estableezca en el futuro*, previa aprobación del gobierno Nacional", así como "*los derechos de bodegaje* de que trata la Ley 79 de 1931 con excepción de los causados por presentación tardía de los manifiestos de aduana" (arts. 1°, 3°) y le asignó la "responsabilidad total del manejo de la carga dentro de las zonas portuarias" (art. 8°).

Los derechos establecidos por el Decreto 0407 de 8 de marzo de 1958 a que alude la Ley 154, son los pilotaje, de puerto, muellaje, apertura y cierre de bodegas, manejo de carga, servicio de equipo, de agua, luz, teléfono y bodegaje en los terminales marítimos del país (art. primero) y algunos de ellos implican una actividad específica con la consiguiente recepción de un beneficio de la misma

índole por parte del usuario, como son los pilotaje, servicio de equipo, agua, luz etc, mientras que otros de ellos no las presuponen como los de puerto, muellaje y manejo de carga, es decir, algunos son servicios directos, otros indirectos y a ambos les da la norma el tratamiento, destaca la Sala, "de derechos", agregando la Ley 154 que la Empresa está facultada para establecer otros, de donde desde el nacimiento mismo de la Empresa Puertos de Colombia, la Ley la facultó para fijar y recaudar tarifas por la prestación de servicios, sean éstos directos o indirectos y bajo la denominación genérica de derechos.

Lo anterior indica que la regulación de los difeerentes servicios que hoy se contienen en el Acuerdo No. 848 de 1980, aprobado por Decreto No. 550 tiene su fundamento legal en la norma primigenia –Ley 154 de 1959– aún vigente, correspondiendo algunos de ellos a los contemplados en el Decreeto No. 407 y en la Ley 79 de 1931 (bodegaje) y otros a la utilización de la facultad que ella dió a la Empresa para establecerlos en el futuro, como serían precisamente los derechos que se generan en la operación de los muelles privados y cuya legalidad es materia de esta controversia.

2. El Decreto No. 1414 de 27 de junio de 1961, reglamentario de la Ley 154 de 1959, reitera la facultad para la Empresa Puertos de Colombia de recaudar los *derechos* establecidos por el Decreto No. 0407 de 1958, los *derechos* de bodegaje de que trata la Ley 79 de 1931 (art. 60, utilización de bodegajes oficiales, o almacenamieento de mercancías en éstas) y los *derechos que la misma Empresa establezca en el futuro*, previa aprobación del Gobierno Nacional (arts. 4° y 6°).

3. El Decreto No. 1461 de 28 de junio de 1961 "por el cual se aprueban los estatutos orgánicos de la Empresa Puertos de Colombia", en su artículo 4° literales a), b) y d) y 18, literal h) disponía:

> "Artículo 4°. Como finalidades incluídas dentro de los objetivos principales de la empresa, ésta tendrá, entre otras, las siguientes actividades específicas:
>
> a) Organizar y *prestar los servicios* de embargue, desembargue, movilización y almacenamiento de la carga que salga y entre, permanezca o *circule dentro de la jurisdicción marítima y terrestre de los puertos nacionales incorporados a la Empresa.*
>
> b) Organizar y prestar servicios adicionales, tales como pilotaje, alquiler de equipos terrestres y flotantes, agua, luz, teléfono, auxilios de incendios, siniestros o averías y los demás servicios propios de la organización portuaria;
>
> d) Fijar las tarifas que deban cobrarse por los servicios portuarios, con la aprobación del Gobierno Nacional o de la entidad en que éste delegue o haya delegado esta facultad".

"Artículo 18. Son funciones de la Junta Directiva:

h) *Fijar el valor de los derechos que deben pagar todos los usuarios de las facilidades portuarias* y las tarifas de los servicios correspondientes y someter dichas tarifas a la aprobación de l Gobierno Nacional, conforme a las reglamentaciones que éste tenga dictadas al efecto. También señalar el valor de las tarifas que debe cobrar la Empresa por todos los servicios adicionales que preste. Será privativo de la Junta Directiva el estudio y decisión sobre las *exenciones que pueden caber por los dereechos* y tarifas *a que se refiere este ordinal*".

Resalta la Sala que de conformidad con la partee subrayada del literal del artículo antes transcrito, no solamente Colpuertos estaba autorizado para *cobrar derechos a todos los usuarios de facilidades portuarias*, sino que estaba obligado a hacerlo, salvo exención expresa en decisión de su Junta Directiva.

4. El Decreto Ley 561 de marzo de 1975, "por medio del cual se reestructura la Empresa Puertos de Colombia, "Colpuertos" en sus artículos 1°, 3° numerales 1°, 2°, 4°, 5° y 10 numerales 3° y 8° preceptuaba: (...) 40.

"Artículo 1°. La Empresa Puertos de Colombia "Colpuertos" creada por la Ley 154 de 1959, funcionará como Empresa Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Obras Públicas.

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, Leticia y los demás puertos que en el futuro le sean incorporados por el Gobierno; el mantenimiento de los canales navegables; la ejecución y conservación de las obras de Bocas de Cenizas; y el control de los muelles privados.

"Artículo 3°. Para el desarrollo de su objetivo la empresa cumplirá las siguientes funciones:

1. Por intermedio de cada uno de los terminales organizar y prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga.

2. Igualmente, por intermedio de cada uno de sus terminales, organizar y prestar servicios adicionales, tales como pilotaje, alquiler de equipos terrestres y flotantes, agua, luz, teléfono, auxilios para caso de incendios, siniestro o avería y los demás propios de la organización portuaria.

...

4. Expedir normas para el funcionamiento de los muelles privados que hayan sido autorizados por la Dirección General Marítima y Portuaria y verificar su cumplimiento.

5. Con aprobación del Gobierno Nacional, la cual se obtendrá a través del Ministerio de Obras Públicas, *fijar las tarifas que deban cobrarse* por los servicios portuarios y demás que presten los terminales, y *señalar los derechos de operación de los muelles privados*".

Artículo 10. Son funciones de la Junta Directiva:

3. Con aprobación deel Gobierno Nacional, la cual se obtendrá a través del Ministerio de Obras Públicas, *fijar las tarifas que deban cobrarse por los servicios que preste la Empresa y los derechos de operación de los muelles provados*.

...

8. Expedir normas para el funcionamiento de los muelles privados y verificar su cumplimiento".

De las normas transcritas relieve la Sala los apartes subrayados, de los cuales se desprende en forma nítida la autorización para fijar tarifas por conceptos de derechos de operación de los muelles privados, sin atarlas o vincularlas a servicios directos de operación, no en la expedición de normas que los regulen, ni en la vigilancia o control para su cumplimiento, es decir, en desarrollo de actividades policivo-administrativas, sino en la ejecución de las labores portuarias a éstos autorizadas –operación– que implican o presuponen la utilización o el uso de las respectivas facilidades de las zonas portuarias o terminales.

XII. Para concluír el examen de los cargos formulados a los artículos 82 a 84 y 86 a 90 del Acuerdo No. 848, aprobado por Decreto No. 550 de 1981, considera la Sala que si bien el Decreto Ley No. 2349 de 31 de diciembre de 1971 "por el cual se crea la Dirección Generral Marítima y Portuaria y se dictan otras disposiciones", en sus artículos 87 a 102 regula lo relacionado con las concesiones para el uso y goce de las playas, atribuye su otorgamiento a tal organismo (art. 91) y establece una contraprestación para el concesionario, consistente en que al vencimiento del término de la misma, las contrucciones revierten a la Nación (art. 97, numeral 1°), ello no implica que el citado Decreto haya excluído la facultad para Colpuertos de fijar y cobrar derechos de operación de los muelles privados. Se trata de regulaciones que aunque relacionadas, tienen entidad y autonomía; la una concierne a la posibilidad de utilizar en beneficio particular las playas –bienes de uso público– y a los requisitos que debe cumplir el peticionario, así como a los compromisos de distinta índole que adquiere en el caso de serle otorgada la concesión y entre éstos se encuentra la reversión;

mientras que la otra mira al funcionario, a la operación, o al desarrollo de las labores a que están dedicadas las construcciones portuarias privadas dentro de una determinada zona portuaria bajo la jurisdicción de Colpuertos, independientemeente de que para erigir las referidas construcciones se requiere obtener previamente el permiso de la Dirección General Marítima y Portuaria.

Habiéndose establecido a lo largo de todas las consideraciones anteriores, que las tarifas a que atañen las normas mencionadas e impugnadas se originan en servicios indirectos o derechos de operación de los muelles privados, no se ha incurrido en violación alguna de los artículos 43 y 76 numeral 12., de la Carta Política, pues no se trata de un impuesto o de una contribución, sino de una tasa, de un derecho, o de una tarifa que encaje, exactamente, dentro de los planteamientos doctrinales que el actor transcribe en un aparte de su alegato de conclusión y que se reproduce en la letra d) B.I. de los antecedentes de esta decisión. (...) 50.

En efecto, se trata de servicios que no implican siempre una actividad directa de Colpuertos, entidad encargada de administrar los respectivos puertos o terminales y es esto, exactamente, lo que afirma el autor citado por el demandante, cuando dice:

> "El derecho que se cobra por el uso de los muebles (sic) marítimos o fluviales respecto de las embarcaciones que atraquen en ellos, es una típica tasa, al igual que las antes denunciadas (sic). Se exige por el servicio de atraque y por los que son inherentes a este hecho, *sin que siempre sea necesaria una actividad directa de la empresa pública encargada de administrar el puerto...*".

Finalmente cabe mencionar a este respecto la sentencia de 14 de septiembre de 1985 de esta Sección a la que se hizo relación en el I. de los considerandos de esta providencia y que en parte ya se transcribió (Punto VI) y en la cual para efectos de desestimar la pretensión de nulidad del artículo 88 también en este proceso demandado, la Sala consideró de una parte que la norma en mención guarda íntima relación con los artículos 81 y 86 del mismo Estatuto los cuales no han sido cuestionados, el primero de los cuales tampoco se acusa en esta oportunidad, así como tampoco se impugnan los artículos 1° y 85 *ibídem* que constituyen el soporte jurídico o base de las normas demandadas y de otra parte que se trata no de impuestos sino de una verdadera tarifa para cuya determinación está facultada la Empresa Puertos de Colombia por el ordinal 3° del artículo 10 del Decreto ley No. 1174 de 1980. Dijo en aquella oportunidad la Sala:

> "*Parte el demandante del error conceptual de considerar que aquí se está en presencia de un impuesto* decretado por una entidad del orden administrativo, error en que por otra parte podría incurrirse si se considera en forma aislada el susodicho artículo 88 como lo pretende el actor. *Y es que para el correcto entendimiento de esta norma no puede prescribirse del contenido*

*de otros textos del Estatuto Tarifario*, tales como los artículos 81 y 86, con los cuales guarda íntima relación...

Al tenor de las precedentes consideraciones, debe concluírse que en el tantas veces citado artículo 88 no se fijó tarifa alguna con cargo a "muelles privados", como lo plantea el demandante, sino solo con respecto a muelles *que se tienen, de acuerdo con reglamentación no cuestionada*, como de propiedad de Colpuertos. *Y la facultad a esta empresa estatal para determinar tales tarifas (que no impuestos, como equivocadamente lo sostiene el actor), esta dada expresamente por el ordinal 3°* del art. 10, del Decreto 1174 de 1980, de acuerdo con el cual, es función de la Junta Directiva Nacional de COLPUERTOS, entre otras: "Con aprobación del Gobierno Nacional, fijar las tarifas que deban cobrarse por los servicios que preste la Empresa" (fls. 255 a 257).

XIII. En cuanto a la presunta ilegalidad que el actor predica del artículo 91 del Acuerdo No. 848, aprobado por Decreto No. 550 de 1981, por la supuesta infracción de las mismas normas que se han venido analizando y por el mismo concepto de violación, basta anotar, como lo expresa el señor Fiscal Primero, que las tarifas allí fijadas no hacen relación alguna a muelles privados, sino a servicios portuarios que se prestan por parte de Colpuertos en el área del Puerto o terminal de Tumaco.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Primera, en acuerdo parcial con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

1. DECLARASE no probada la excepción de inepta demanda.

2. DECLARASE no probada la excepción de cosa juzgada.

3. DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida en varias sesiones de la Sala y aprobada en la del cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

*Simón Rodríguez Rodríguez*, Presidente de la Sala; *Samuel Buitrago Hurtado*, Ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Luis Antonio Alvarado Pantoja*.

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

**ANIMO DE LUCRO**

**Las empresas y sociedades de carácter privado tienen derecho a actuar "con ánimo de lucro", esto es, a hacer que sus actividades produzcan un enriquecimiento a quienes las conforman. El ánimo de lucro se manifiesta en dos aspectos de la actividad: el ánimo especulativo y la libertad de negociación.**

*DECLARASE la nulidad de la expresión "sin ánimo de lucro" del artículo 1º de la Resolución 1040 de 1987, proferida por el Ministerio de Minas y Energía. En el artículo 21, de la expresión "sin perjuicio de las pólizas que tengan los propietarios de cupos por el mismo concepto". De los artículos 25, 26 y 27. Del artículo 31 en la parte que dice: "Fiscalizará la forma como las asociaciones manejen los fondos de que trata el artículo 6º y 7º con el propósito de garantizar que éstos se destinen exclusivamente para los fines previstos en esta resolución". Del artículo 32. Del artículo 33 en la parte que dice: "...o empresas que este Ministerio designe para practicar visitas o revisiones a las asociaciones, deberán identificarse debidamente y dejar constancias de la autorización del Director General de Hidrocarburos, podrán tener acceso a los libros de contabilidad y demás documentos contables relacionados con el manejo de las mismas. También podrán requerir copia de las actas de las reuniones de las Juntas Directivas, Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de las Asociaciones". De los artículos 37, 38 y 39.*

**MINISTERIO DE MINAS** - Facultades/ **COMITES** - Creación

**El Ministerio de Minas y Energía no tenía facultad para crear el Comité Nacional de Seguridad de la Industria del Gas Propano G.L.P., así se alegue que corresponde al Ministerio llevar a cabo las dilegencias necesarias para el debido cumplimiento de las normas legales, porque, por**

**definición, la vigilancia del cumplimiento de la ley no implica necesariamente la creación de órganos vigilantes o controladores.**

**POTESTAD REGLAMENTARIA** - Titularidad

**El ejercicio de la facultad reglamentaria, manifiesta entre otras cosas por la posibilidad de expedir reglamentos, está reconocido por la jurisprudencia como competencia del Gobierno (no del ministro correspondiente), denominación en la cual se han de comprender el Presidente de la República y el Ministro del ramo.**

**PRINCIPIO DE EFICACIA/ PRINCIPIO DE ECONOMIA**

**Uno de los principios de la actividad administrativa es el de la eficacia, pero en el presente caso se establece doble control, cosa que no sólo conspira contra la eficacia sino que de paso afecta el principio de la economía que se deduce no sólo respecto de la administración sino también de los administrados sometidos a las múltiples exigencias del Estado, por consideraciones de interés general.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

REFERENCIA: Proceso No. 741. Actor: COMITE CENTRAL DE EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GAS G.L.P. –CEDIGAS– Y OTROS.

El Comité Central de Empresas Distribuidoras de Gas G.L.P. –CEDIGAS–, el Comité de Distribuidoras de Gas (G.L.P.) –CODIGAS–, la Corporación de Empresas Distribuidoras de Gas del Oriente Colombiano –CORDIGAS–, la Asociación de Distribuidores de Gas de Occidente y Sur de Colombia –ADIGAS–, y la Comercial Industrial Nacional S.A., –CINSA–, por apoderada judicial, ante esta Corporación han intentado acción de nulidad contra la Resolución 1040 de 1987 (mayo 4), expedida por el Ministerio de Minas y Energía. En ella se ha pedido que se declare la nulidad de los siguientes artículos de la Resolución acusada así:

1. "Del artículo primero, en la parte que dice '...sin ánimo de lucro..."

"El mantenimiento, reparación y reposición de cilindros de gas propano (comunmente denominado GLP) para uso doméstico y sus accesorios se hará en forma directa por entidades constituídas por Asociaciones sin ánimo de lucro de empresas distribuidoras de G.L.P. Tales entidades deben poseer

capacidad técnica y administrativa y cumplir con todos los requisitos que se establezcan para tal fin".

2. "Del artículo 17 literal f)"

"Para que una Asociación pueda efectuar las operaciones de mantenimiento, reparación y reposición de cilindros, debe contar con un taller convenientemente equipado, que tenga los equipos mínimos e indispensables en funcionamiento. Tales equipos son:

"f. Horno de normalización de paso contínuo".

3. "Del artículo veintiuno, en la parte que dice: '..., sin perjuicios de las pólizas que tengan los propietarios de cupos por el mismo concepto".

"Cada una de las Asociaciones deberá mantener vigente un seguro de responsabilidad civil extracontractual, en la modalidad de predios, labores y operaciones que cubra daños a terceros en sus bienes y (o) personas, derivados de sus propias actividades, expedidas por una compañía de seguros establecida legalmente en el país y de acuerdo con los reglamentos y normas de la Superintendencia Bancaria, sin perjuicio de las pólizas que tengan los propietarios de cupos por el mismo concepto...'

4. "Del artículo veinticinco".

"Establécese el Comité Nacional de Seguridad de la Industria del Gas Propano (GLP), integrado en la siguiente forma:

"Por el Ministerio de Minas y Energía:

– Director General de Hidrocarburos quien lo presidirá,

– Director General de Asuntos Legales, y

– Jefe de la División de Combustibles.

"Por la Superintendencia de Industria y Comercio:

– Jefe de la División de Control de Normas y Calidades.

"Por las Asociaciones:

– Tres representantes nombrados entre los presidentes de las Juntas Directivas de estas Asociaciones, los que se rotarán cada año, de tal manera que la nueva elección recaiga sobre quienes no hayan intervenido el año inmediatamente anterior. Además se podrán (sic) invitar los presidentes de las demás Asociaciones.

"Parágrafo. El Comité se reunirá ordinariamente una vez por mes, por convocatoria del Director General de Hidrocarburos y, extraordinariamente, cuando éste lo convoque o como mínimo cuando cuatro de sus integrantes así lo soliciten. En reunión extraordinaria, sólo se tratará el tema específico para el cual fue convocado".

5. "Del artículo veintiseis".

"El Comité Nacional de Seguridad del Gas Propano (GLP), tendrá las siguientes funciones:

"a. Adelantar todo tipo de campañas de seguridad y manejo del gas propano (GLP) en el país.

"b. Recomendar las políticas y procedimientos técnicos aplicables a la instalación y revisión de los equipos domésticos y comerciales para gas propano, a fin de garantizar que reúna los requisitos de seguridad.

"c. Propiciar investigaciones técnicas sobre seguridad en el uso, almacenamiento, transporte y manejo del gas propano.

"d. Asesorar y recomendar a las Asociaciones sobre innovaciones técnicas que se presenten con relación a los equipos y demás elementos de trabajo que estas adquieran para el cumplimiento de su objetivo.

"e. Promover campañas orientadas a la adecuada prestación del servicio G.L.P.

"f. Coordinar las actividades conjuntas de las diferentes Asociaciones.

"g. Programar los gastos que se requieren para campañas de seguridad, vigilancia de las Asociaciones por parte del Ministerio de Minas y Energía y preparación técnica que requiere el personal de las mismas".

6. "Del artículo treinta y uno en la parte que dice: 'Fiscalizará la forma como las asociaciones manejen los Fondos de que trata el artículo $6^{o}$ y $7^{o}$, con el propóstio de garantizar que éstos se destinen exclusivamente para los fines previstos en esta Resolución".

"El Ministerio de Minas y Energía, a través de la Dirección General de Hidrocarburos, ejercerá el control de vigilancia técnica y administrativa de cada una de las Asociaciones que existen o que se creen en el futuro. Fiscalizará la forma como las asociaciones manejen los fondos de que trata el artículo $6^{o}$ y $7^{o}$ con el propósito de garantizar que estos se destinen exclusivamente para los fines previstos en esta Resolución".

7. "Del artículo treinta y dos".

"El Ministerio de Minas y Energía, en cumplimiento con (sic) lo estipulado en el artículo anterior, también podrá contratar con empresas especializadas para constatar con empresas especializadas para constatar que las operaciones, manejo, funcionamiento, contabilidad, etc., se lleve (sic) a efecto conforme a las normas y reglamentos vigentes.

"Parágrafo: Las empresas que autorice el Ministerio para las visitas de que trata este artículo, deberán registrarse en el Ministerio previo cumplimiento de los requisitos que éste exija. Los honorarios serán los acordados entre ésta y el Ministerio de Minas y Energía, con cargo a cada una de las Asociaciones".

8. "Del artículo treinta y tres que dice y referido a: '... o empresas que este Ministerio designe para practicar visitas o revisiones a las Asociaciones, deberán identificarse debidamente y dejar constancia de la autorización del Director General de Hidrocarburos, podrán tener acceso a los libros de contabilidad y demás documentos contables relacionados con el manejo de las mismas. También podrán requerir copia de las Actas de las reuniones de las Juntas Directivas Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de las Asociaciones".

"Los funcionarios del Ministerio de Minas y Energía o empresas que este Ministerio designe para practicar visitas o revisiones a las Asociaciones, deberán identificarse debidamente y dejar constancia de la autorización del Director General de Hidrocarburos, podrán tener acceso a los libros de contabilidad y demás documentos contables relacionados con el manejo de las mismas. También podrán requerir copia de las actas de las reuniones de las Juntas Directivas y Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de las Asociaciones".

9. "Del artículo treinta y seis"

"Es entendido que las relaciones entre los usuarios y las respectivas empresas distribuidoras se rigen por lo establecido en las resoluciones y reglamentos del Ministerio de Minas y Energía en lo que se refiere a precios, distribución, mantenimiento, reparación y reposición de cilindros e instalaciones domésticas de gas propano (GLP)".

10. "Del artículo treinta y siete".

"El Ministerio de Minas y Energía podrá imponer multas hasta por el valor de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas en la presente Resolución".

11. "Del artículo treinta y ocho".

"Habrá lugar a suspensión de la licencia de funcionamiento, en los siguientes casos:

"1. El incumplimiento de las normas de seguridad emanadas de este Ministerio y Normas Técnicas Colombianas Oficiales Obligatorias;

"2. Carecer del equipo o instalaciones mínimos indispensables para la prestación de los servicios;

"3. El incumplimiento o desviación de las sumas de dinero recibidas para el mantenimiento, reparación y reposición de cilindros y demás actividades en esta resolución;

"4. Cuando como resultado de las visitas practicadas por el Ministerio o sus delegados, se acredite grave irregularidad que afecte la adecuada prestación de cualquiera de los servicios".

12. "Del artículo treinta y nueve, incluído el parágrafo".

"El Ministerio de Minas y Energía procederá a la cancelación de la licencia de funcionamiento de la Asociación que incurra en las siguientes causales:

"1. Pérdida de personería jurídica;

"2. Haberse hecho acreedor a la imposición de más de dos (2) multas durante el período de vigencia de la licencia;

"3. Reincidencia en cualquiera de las causales de suspensión enunciadas en el artículo anterior.

"Parágrafo. Cuando ocurra la cancelación de la licencia es entendido que las instalaciones y equipos deberán en primer lugar ser asignados a la Asociación que reemplace a aquella que se canceló; de lo contrario, la liquidación se hará de acuerdo con lo estipulado en los estatutos de cada asociación".

El actor fundó su pretensión en los siguientes hechos:

1. El Ministerio de Minas y Energía expidió la resolución acusada.

2. La Resolución acusada no fue legalmente motivada.

3. Posiblemente el fundamento legal fueron las disposicionees contenidas en el Decreto Ley 1050 de 1968 y la Ley 1a., de 1984.

4. La motivación expresada en la decisión acusada se refiere a la necesidad de control y vigilancia de los distribuidores de gas propano para la seguridad de los usuarios.

5. La Resolución acusada pretende regular totalmente el régimen de seguridad de la distribución del gas.

6. El Ministerio de Minas y Energía determinó, por resolución anterior, el costo actual de los servicios.

7. De acuerdo con el anterior acto de fijación de precios, los distribuidores entregan a la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL–, en la compra de combustible la suma de 4.50 por galón de gas, correspondiente al costo de mantenimiento, reparación y reposición de cilindros.

8. El mismo acto estableció los precios de distribución del gas, en los cuales se incluían los impuestos y todos los márgenes de distribución.

9. La captación de los recursos de conservación de los cilindros de gas tiene lugar por la entrega a Ecopetrol de un valor adicional en la compra al por mayor que después la empresa traslada a la asociación a la cual se halla vinculado el distribuidor para los fines de reparación, mantenimiento y reposición de cilindros.

10. Los distribuidores de gas, de acuerdo con la política gubernamental, atienden al servicio de conservación de los cilindros de gas G.L.P., a través de las asociaciones.

11. El artículo 1° de la Resolución acusada establece que sólo entidades sin ánimo de lucro pueden atender a la conservación de los cilindros, sin facultad para exigirlo.

12. Antes de la expedición de la norma anterior, la actividad se cumplía por entidades con ánimo de lucro.

13. El artículo 17 del acto acusado determina los elementos para cumplir la actividad, entre otros, "el horno de normalización de paso contínuo".

14. Todo cilindro o accesorio reparado deberá cumplir la norma técnica colombiana oficial obligatoria.

15. La norma técnica colombiana oficial obligatoria no exige el horno de normalización de paso contínuo.

16. Corresponde al Instituto Colombiano de Normas Técnicas –ICONTEC– el control de calidad y sus normas las oficializa el Consejo Nacional de Normas y Calidades.

17. La exigencia del horno contradice la norma técnica.

18. El artículo 21 del acto acusado obliga a las asociaciones a tomar un seguro de responsabilidad civil extracontractual, sin perjuicio de otros seguros con el mismo objeto.

19. La obligación anterior implica doble seguro.

20. En los artículos 25 a 27 del acto acusado, se crea el Comité Nacional de Seguridad de la Industria de Gas Propano.

21. El artículo 25 *ibídem* determina la composición del Comité anterior.

22. El Comité es de carácter permanente.

23. El art. 26 *ibídem* precisa las funciones del mismo comité.

24. El artículo 27 *ibídem* determinó la forma de captar recursos para atender a los gastos del Comité, mediante la constitución de una reserva especial del 4% de lo que las asociaciones reciban de Ecopetrol.

25. La reserva es de carácter coactivo pues la falta de constitución da lugar a la imposición de multas, según el artículo 37 *ibídem*, y suspensión de la licencia, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 38 *ibídem*.

26. La creación del Comité y el establecimiento para captar sus recursos es competencia del Congreso Nacional.

27. El artículo 31 *ibídem* establece el control de las asociaciones por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía.

28. El artículo 32 *ibídem* faculta al Ministerio para contratar con empresas especializadas las funciones de control sobre las asociaciones.

29. Los honorarios de tales empresas especializadas serán pagados por las asociaciones.

30. Ese pago es otra contribución forzosa e ilegal.

31. El artículo 33 *ibídem* establece las formas de control, con libre acceso a la contabilidad y otros documentos de la actividad de las asociaciones.

32. Sobre los anteriores documentos existe reserva legal del artículo 61 y siguientes del Código de Comercio.

33. Según la Ley 1a., de 1984, artículo 23, literal a), el Ministerio está impedido de efectuar el control numérico legal sobre las asociaciones, pues la revisoría fiscal la cumple un contador público titulado (Ley 145 de 1960).

34. El Ministerio directamente puede ejercer la vigilancia técnica y administrativa sobre las asociaciones, a través de la Dirección General de Hidrocarburos y la División de Combustibles.

35. De lo anterior se infiere que le está vedado delegar funciones en las empresas especializadas.

36. El acto acusado estableció un régimen de sanciones.

37. El artículo 37 *ibídem* establece una multa por cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el acto acusado.

38. Entre las sanciones se halla la suspensión de la licencia de funcionamiento.

39. Las sanciones incluyen, además, la cancelación de la licencia.

40. El régimen de sanciones compete establecerlo a las entidades que tienen origen representativo.

41. El artículo 39 *ibídem* establece que los bienes de la asociación cuya personería es cancelada pasen a la que la reemplace.

42. Lo dispuesto en el numeral anterior quebranta el régimen constitucional de las personas jurídicas nacionales.

43. La Resolución 1040 de 1987 (mayo 4), fue publicada en el Diario Oficial el 26 de mayo siguiente.

44. La acción de nulidad pretende el restablecimiento del ordenamiento jurídico violado.

A. En el acápite Normas violadas y concepto de la violación el actor precisó los siguientes cargos:

**PRIMER CARGO.**

Constitución Política, arts 12 y 44:

Según tales preceptos, existe libertad para organizarse en asociaciones y puede esperarse el reconocimiento de su personería jurídica. Además, sólo compete al Gobierno el ejercicio de la vigilancia y control sobre las personas jurídicas con subordinación a la ley. De lo anterior se deduce el exceso en la facultad ejercida al terminar que sólo entidades sin ánimo de lucro pueden cumplir las funciones previstas para las asociaciones. Según criterio del actor, el Ministerio de Minas y Energía carece de competencia para impedir el funcionamiento de sociedades comerciales, de donde carece de legalidad la expresión "sin ánimo de lucro...", que antes de la expedición del acto acusado no existía. De lo anterior

infiere que no existe prohibición legal para tal servicio lo presten entidades con ánimo de lucro, bajo la modalidad de sociedades mercantiles.

Existen otros motivos de violación del art. 12 de la Constitución Política como el que se relaciona con la contribución forzosa del 4% y el pago de honorarios por la fiscalización efectuada por empresas especializadas. Además, el haber establecido el control y vigilancia numérico legal y un régimen de sanciones. También en cuanto dispone del patrimonio de la persona cuya licencia de funcionamiento cancela. Compete sólo al legislador señalar el régimen jurídico de las sociedades comerciales. Con base en las consideraciones anteriores afirma que están viciados de nulidad los artículos 27, 31, 32, 33, 37, 38 y 39 del acto administrativo acusado.

**SEGUNDO CARGO.**

Constitución Política, art. 76, ordinal 9°.

De acuerdo con la disposición constitucional, compete exclusivamente al Congreso Nacional la facultad de determinar la estructura de la Administración Pública. De aquí se desprende que bajo tal denominación debee comprenderse lo relativo a la determinación de los servicios que se prestan, los órganos a cuyo cuidado se encuentran y la estructura interna de las distintas dependencias administrativas. Por su parte, el ejecutivo crea los cargos, distribuye el personal entre las dependencias creadas por el legislador, es decir, que realiza las gestiones tendientes a poner en movimiento la estructura señalada por el Congreso.

De lo anterior el actor infiere que el Ministerio de Minas y Energía carecía de facultades para determinar la estructura del Ministerio mediante la creación del Comité Nacional de Seguridad de la Industria del Gas Propano G.L.P.

Para respaldar su apreciación el actor afirma que la Ley 1a., de 1984, reformatoria de la estructura del ministerio, no previó dentro de sus disposiciones el Comité que después creó el Ministerio en la resolución acusada, pero sí otros, respecto de los cuales la ley determinó precisamente funciones, tales como aconteció con los Comités de Coordinación Interna, de precios del Petróleo y de Gas Natural, de Personal y la Junta de Licitaciones y Adquisiciones.

**TERCER CARGO.**

Constitución Política, artículo 43.

El establecimiento de la reserva por el 4% mensual de los ingresos de cada asociación, para el sostenimiento del Comité equivale a una contribución de

carácter forzoso; lo mismo en relación con los honorarios de las empresas especializadas, que están a cargo también de las asociaciones.

Agrega a lo anterior, que es ilegal la delegación de funciones en entidades particulares de vigilancia técnica administrativa. Con el mismo argumento del cargo anterior, compete exclusivamente al legislador establecer estas cargas económicas a favor del Ministerio y a cargo de las asociaciones.

**CUARTO CARGO.**

Constitución Política, artículo 76, numeral 13.

El actor recurre a esta disposición constitucional para reiterar la ilegalidad del aporte del 4% mensual de los ingresos brutos de cada asociación y a que se refirió en el cargo anterior porque, afirma, "equivale a la determinación de una renta nacional y por otra, a la fijación de gastos de la administración (al disponer que con el mencionado porcentaje se sostendrá (sic) el funcionamiento y actividades del Comité Nacional de Seguridad de la Industria del Gas Propano".

Dada la semejanza de acusaciones, alega el actor que tales facultades son exclusivas del Congreso Nacional, pues a éste corresponde el establecimiento de los gastos de la administración a través de la ley de apropiaciones para el año fiscal de que se trate.

**QUINTO CARGO.**

Constitución Política, artículo 206.

En este cargo el actor alega que la administración ha establecido una contribución que no se halla incorporado al presupuesto de la nación, "producto de una contribución con carácter específico creada por una entidad administrativa, el Ministerio de Minas y Energía usurpando funciones que le corresponden con exclusividad al órgano legislativo del poder público".

**SEXTO CARGO.**

Constitución Política, artículo 26.

El acto acusado estableció un régimen de sanciones, mediante aparente ejercicio de poder de policía que se estima ilegal por cuanto en últimas, todo juzgamiento que se haga con base en tales disposiciones sería violatorio del art. 26 de la Constitución Política, por no corresponder a la exigencia de "la ley preexistente".

**SEPTIMO CARGO.**

Constitución Política, artículo 76, ordinal 2°.

Al establecer un régimen de sanciones incurrió en la violación del precepto invocado pues tal facultad compete al legislador.

**OCTAVO CARGO.**

a) Constitución Política, artículo 38.

Las medidas de intervencionismo estatal que la ley otorga a los entes administrativos del país deben ser estricta y rigurosamente aplicadas. Luego la facultad de inspeccionar y examinar los documentos privados de las asociaciones es ilegal por cuanto otorgan al Ministerio de Minas y Energía atribuciones que ni la propia Ley 1a. de 1984 estableció.

b) Artículo 23 literal a) de la Ley 1a. de 1984.

El cual sólo autoriza la vigilancia de la Dirección General de Hidrocarburos en materia técnica y administrativa y no económica. El artículo 31 de la Resolución 1040 quebranta entonces esa norma respecto de la fiscalización allí establecida.

**NOVENO CARGO.**

Constitución Política, arts. 20 y 23.

La garantía del ejercicio de los derechos de los ciudadanos consiste en la no existencia de impedimentos legales establecidos por los agentes de la administración. De ahí que resultan ilegales las facultades otorgadas por el acto acusado en relación con la restricción del ejercicio libre de las asociaciones que son sometidos a un nuevo orden de limitación. Por otra parte, se somete a las asociaciones a la exigencia inequitativa de actuar como entidades sin ánimo de lucro; disponer del horno de normalización, exigencia que sólo podría corresponder al Instituto Colombiano de Normas Técnicas –ICONTEC–; someterse a un ente nuevo creado por el acto acusado que modifica la estructura del Ministerio; quedar obligadas al pago de unas contraprestaciones por servicios que se discutieron en los cargos tercero, cuarto y quinto; someterse a un control fiscal irregular; someterse a un régimen punitivo no regularmente expedido; sufrir menoscabo patrimonial en virtud del régimen sancionatorio discutido.

**DECIMO CARGO.**

Ley 1a. de 1984, artículo 3°, literal a).

El quebranto consistió precisamente en restringir la actividad de personas privadas; crear un organismo permanente, consultivo y asesor que causa derechos pagaderos por las asociaciones; imponer contribuciones a favor de tales personas privadas; establecer rentas nacionales y gastos de la administración; exigir mayores requisitos en aspectos de normalización de los productos nacionales; señalar nuevo régimen de sanciones para las asociaciones; obligar al mantenimiento de dos pólizas de seguro simultáneamente por el mismo riesgo.

**DECIMOPRIMER CARGO.**

Ley 1a. de 1984, artículo 3°, literal e)

El texto legal en mención facultó al Ministerio de Minas y Energía para dictar reglamentos y hacer cumplir las disposiciones sobre distribución de gas pero no para intervenir en los asuntos discutidos en la demanda.

**DECIMOSEGUNDO CARGO.**

Ley 1a. de 1984, artículo 23, literal a).

La vigilancia administrativa es función que ningún ente público puede delegar. Por otra parte existe ilegalidad en la exigencia de un nuevo revisor fiscal, con lo cual se llegaría a un doble control fiscal.

**DECIMOTERCER CARGO.**

Decreto Ley 1050 de 1968, artículo 1° inciso 4°.

La creación del Comité Nacional de Seguridad de la Industria del Gas Propano G.L.P. es abiertamente ilegal pues los preceptos legales determinan qué organismos cumplen la función de coordinar y servir de consultores a los restantes entes de la organización administrativa y entre ellos no se halla ese Comité.

**DECIMOCUARTO CARGO.**

Código Civil, artículos 641 y 649.

Las disposiciones acusadas quebrantan los preceptos invocados en este cargo por cuanto prevén que en caso de liquidación de una persona jurídica privada la disposición de bienes se hará de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la resolución acusada, o sea, que serán asignados a la asociación que la remplace, disposición que vulnera lo dispuesto en el Código Civil.

**DECIMOQUINTO CARGO.**

Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria No. 522.

Al exigir el Ministerio la instalación y funcionamiento de un horno de normalización de paso contínuo está excediendo la norma técnica invocada que no lo señala.

**DECIMOSEXTO CARGO.**

Principios extra-jurídicos (sic) de la equidad y de la prohibición del enriquecimiento sin causa.

El acto acusado obliga al mantenimiento de dos seguros por el mismo riesgo, lo cual a más de ser antieconómico resulta inocuo desde el punto de vista del amparo.

En la contestación de la demanda, el Ministerio demandado, tras reconocer que los diez primeros hechos son ciertos observa que, respecto del 11, se justifica que las asociaciones sean entidades sin ánimo de lucro "si se tiene en cuenta que la finalidad primordial de tales entidades y considerando que el Ministerio de Minas y Energía debe ejercer la vigilancia técnica y administrativa de la industria de los hidrocarburos, en las diferentes ramas, ..." (fl. 168), de conformidad con la Ley 1a. de 1984.

La parte demandada reconoce, a su turno, que los hechos 12 a 15 son también ciertos.

Respecto del hecho 16 sostiene que no se pueden hacer afirmaciones tan enfáticas pues "deben establecerse la jerarquía de las normas citadas", contestación que no permite precisar cuál sea el descargo que por medio de ella trata de hacer el Ministerio. El hecho 17 tiene relación con el anterior. Reconoce que el 18 es cierto. Respecto del 19 dice que no es cierto pues no existe doble seguro, por cuanto afirma que uno cubre el servicio de mantenimiento de los cilindros y el otro la distribución del gas.

Halla ciertos los hechos 20 a 24; y respecto del 25 afirma que la reserva del 4% no tiene carácter coactivo pues con ella solo se trata de que el Comité creado cumpla sus funciones. Agrega que el 26 no es cierto pues el Ministerio tiene las facultades necesarias para cumplir sus funciones. Reconoce como ciertos los hechos 27 a 29. En cuanto al 30 afirma que no tiene carácter coactivo pues se trata de una forma de garantizar el funcionamiento normal del Cómite creado. Halla el 31 cierto; respecto del 32 afirma que los preceptos del Código Mercantil establecen las correspondientes excepciones. En cuanto al 33 afirma que la vigi-

lancia que pretende el Ministerio es la legalmente establecida. En lo que toca con los hechos 34 y 35 dice que el actor indebidamente está criticando la actividad del jefe del Ministerio quien es el único competente para determinar cómo actúa. Finalmente halla ciertos los hechos 36, 37, 38, 39, 41, 43 y 44. Respecto del hecho 40 afirma que no es cierto porque la Ley 1a., de 1984 faculta al Ministerio para dictar reglamentos y hacer cumplir las disposiciones legales relativas a las actividades que vigila. En cuanto al 42 dice que no se puede hacer "una afirmación tan solemne", pues depende de que la asociación se somete al Código Civil o al de Comercio.

## ALEGATOS DE CONCLUSION:

Por la actora:

Se solicita la nulidad del artículo 1°. del acto acusado en cuanto señala que las actividades regladas en él deben ser prestadas por entidades sin ánimo de lucro; por otra parte, la exigencia del horno de normalización excede la del Instituto legalmente facultados para regular esos aspectos técnicos; también es objeto de censura la exigencia de la póliza de seguro que "*tengan los propietarios de cupos por el mismo concepto*" (subraya la Sala). A lo anterior se agrega el cargo de ilegalidad por la creación con el carácter de órgano permanente del Comité Nacional de Seguridad de la Industria de Gas Propano; lo propio acontece con la reserva del 4% para costear las actividades del Cómite, y con la obligación de las asociaciones de pagar los honorarios de las empresas particulares en las cuales delegue el Ministerio funciones de vigilancia técnica y administrativa. Igual cargo de ilegalidad se endilga a la obligación establecida de permitir el examen de los documentos privados de las asociaciones. No puede ser legal el régimen de sanciones establecido por quebranto a las obligaciones que el acto acusado establece. Una cosa análoga se afirma en relación con la forma de proceder a la liquidación de las asociaciones con violación de lo dispuesto en el Código Civil y de Comercio.

Por la parte demandada:

El que se establezca la obligación de las asociaciones sin ánimo de lucro se debe a su denominación, porque de lo contrario se las habría llamado compañías o sociedades industriales. Tales entes deben prestar un servicio a la comunidad por cuanto su patrimonio proviene fundamentalmente del margen de venta de gas propano, destinado específicamente a la conservación de los cilindros y accesorios.

En relación con el cargo de que la norma técnica no exige el horno de normalización ello se debe a que aquella señala sólo las especificaciones de los

cilindros pero la norma acusada se relaciona con las actividades de los talleres de mantenimiento para la completa seguridad de los usuarios. No es ilegal, por otra parte, la obligación de contribuír con los gastos de funcionamiento del Cómité creado los cuales no pueden considerarse como tributos.

El régimen de sanciones hace parte de la facultad de la administración para la eficacia de la acción y sólo se aplicará a conductas ocurridas con posterioridad a la expedición del acto acusado.

Se insiste en que no existe doble seguro. Además, las labores para la conservación de los cilindros deben estar rigurosamente sometidos a control y vigilancia por el carácter del servicio que constituyen.

En últimas solicita se desestimen las súplicas de la demanda.

## VISTA FISCAL:

El señor Agente del Ministerio Público se refiere a la acusación hecha al acto administrativo acusado de no mencionar la fuente legal para su expedición, cargo que desecha afirmando que ello no constituye exigencia necesaria para su proferimiento.

Respecto de la expresión "sin ánimo de lucro" afirma que el orden jurídico garantiza la libertad de asociación y que de insistir en tal carácter se quebrantaría la igualdad jurídica, razón por la cual recomienda la anulación del precepto acusado.

En relación con la exigencia del horno de normalización de paso contínuo sostiene la Fiscalía que la seguridad ciudadana justifica la exigencia. A ello se agrega la existencia de conceptos técnicos que aconsejan la utilización del horno para el tratamiento térmico de los cilindros.

En cuanto la creación del Comité Nacional de Seguridad de la Industria del Gas Propano, no cabe ninguna objeción para el señor Fiscal por cuanto los límites del poder reglamentario los señala la necesidad de cumplir los principios contenidos en la norma.

El aporte del 4% constitutivo de la reserva tiene plena justificación en el artículo 1°. de la norma acusada y "es una o mejor la única forma de la funcionalidad de estas asociaciones. Es fondo proveniente y alimentado por Ecopetrol, por lo que se considera idóneo y conveniente su creación y fines". (fl. 217).

El establecimiento de los honorarios no puede afirmarse que tenga carácter de tributación pues su destino es verificar el funcionamiento de las asociaciones.

En lo que hace al régimen de sanciones, sostiene la Fiscalía, debe pensarse que tienen su origen en las disposiciones de la Ley 1a., de 1984 pues faculta al Ministerio para cumplir y ejercer las funciones que le son propias.

De anularse la expresión "sin ánimo de lucro", implicará la consiguiente modificación de que la liquidación de las asociaciones se llevará a cabo mediante las normas que regulan tales actividades en las compañías y sociedades de índole mercantil.

Concluye solicitando la supresión de la expresión "sin ánimo de lucro" y que se denieguen las restantes peticiones.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Antes de acometer el examen de los cargos de ilegalidad, la Sala observa la prolijidad de la demanda en la formulación de los mismos, con una falta total de integración, lo cual llevó al actor a reiterar la enunciación de los motivos, de manera innecesaria para los fines del examen por hacer. En la consideración y decisión de cada uno se seguirá el orden propuesto en la demanda por lo que cada decisión podrá abarcar más de uno.

*En relación con el primer cargo, pero sólo en lo que atañe a la expresión "sin ánimo de lucro"*, se considera:

Como ya lo sostuvo esta misma Sala, en la suspensión provisional, se observa una ilegalidad manifiesta en someter a las asociaciones a limitación de actuar con ese carácter por lo que el quebranto del artículo 44 de la Constitución Política es evidente. No se ofrece, por otra parte, una explicación siquiera sucinta de la razón que tuvo el administrador al exigirlo.

Como se sabe, en la doctrina universalmente aceptada, las empresas y sociedades de carácter privado tienen justo derecho a actuar. "Con ánimo de lucro", esto es, a hacer que sus actividades produzcan un enriquecimiento a quienes las conforman.

El ánimo de lucro se manifiesta en dos aspectos de la actividad: el ánimo especulativo y la libertad de negociación. De acuerdo con el primero, el ente mercantil se halla en posibilidad de obtener una fuente de enriquecimiento lícito con el cobro de derechos por los servicios que presta. Según el segundo, la persona jurídica en cuestión tiene amplitud jurídica para escoger el tipo de actividad que cabe dentro del ejercicio del objeto de que ha previsto. La ley colombiana ha sido muy precisa para determinar sólo como límites al ejercicio de tales entidades con

ánimo de lucro las condiciones de *que las compañías o asociaciones no sean contrarias a la moral o al orden legal.* (subraya la Sala).

De lo anterior se infiere que la norma acusada desbordó su facultad reglamentaria al exigir que las asociaciones reguladas se contituyeran como "sin ánimo de lucro". Se entendería esta restricción si se dieran los fundamentos para ello, pero no es así, o si al menos, las mentadas asociaciones tuvieran destinación exclusiva a las funciones que la norma les impone. Pero no es así. Véase el contenido del artículo 3º del acto acusado, en que se determinan las exigencias para el otorgamiento del permiso de funcionamiento. Entre otras cosas, se exige que a la documentación se deberán acompañar "los estatutos de la asociación *cuyo objeto sea principalmente* el mantenimiento, reparación y reposición de cilindros" (subraya la Sala). Entendido como se debe el adverbio *principalmente* ha de entenderse que la asociación podrá ejercer otras actividades diferentes de donde no se comprende que las otras actividades que ejerza las cumpla "sin ánimo de lucro", esto es, con fines de simple beneficencia. Es claro, entonces, que la norma en cuestión se excedió en establecer tal cortapisa. Por ello, se habrá de declarar la nulidad del precepto correspondiente. La mera denominación de *asociación*, como lo asevera la entidad demandada no justifica la exigencia del régimen.

Prospera el cargo.

*En relación con el segundo cargo, en cuanto se relaciona con la creación del Comité Nacional de Seguridad de la Industria de Gas Propano G.L.P.*

La Sala coincide con el actor en que la mentada creación corresponde rigurosamente a modificar la estructura del Ministerio de Minas y Energía. Prueba fehaciente de tal hecho es que la Ley 1a. de 1984, *"por la cual se reforma la estructura administrativa del Ministerio de Minas y Energía y se determinan las funciones de sus dependencias"*, nada dijo respecto del cuestionado "Comité Nacional de Seguridad de la Industria del Gas Propano G.L.P.". Y es facil entrever en su formación y funcionamiento que no podía quedar inscrito dentro del organigrama del Ministerio por razones presupuestales por lo cual se le dió una estructura mixta, pues según lo dispuesto en el art. 25 de la norma cuestionada está organizado con la participación del Ministerio de Minas y Energía, la Superintendencia de Industria y Comercio y las asociaciones. Al respecto cabe preguntar cómo una simple resolución ministerial puede interferir en un ente distinto de la estructura administrativa, como es la Superintendencia de Industria y Comercio que no pertenece al Ministerio de Minas sino al sector orientado por el Ministerio de Desarrollo Económico. Tampoco se entiende la imposición respecto de las asociaciones aún en el evento de ser legal la exigencia de carecer de ánimo de lucro.

Respecto de las funciones atribuídas al mentado Comité, se observa:

Una de dos: o hay duplicación de funciones administrativas, o en forma indebida el Ministerio de Minas y Energía otorga al criticado Comité una indebida delegación de funciones. Porque cada una de las señaladas en el art. 26 *ibídem* tiene que ver con el cumplimiento de funciones propias del Ministerio.

En conclusión y respecto de este cargo, la Sala estima que no había facultad para crear el Comité cuestionado así se alegue que corresponde al Ministerio llevar a cabo las diligencias necesarias para el debido cumplimiento de las normas legales, porque, por definición, la vigilancia del cumplimiento de la ley no implica necesariamente la creación de órganos vigilantes o controladores.

Por lo anterior, la Sala habrá de declarar la nulidad de las disposiciones acusadas que tiene que ver con la creación y funcionamiento del Comité Nacional de Seguridad de la Industria del Gas Propano G.L.P. a saber, arts. 25, 26 y 27.

*En relación con los cargos tercero, cuarto y quinto*: en cuanto:

a) La obligación de contituír una reserva por el cuatro por ciento (4%) de los ingresos de las asociaciones a fin de costear el sostenimiento del Comité Nacional de Seguridad del Gas Propano G.L.P. (art. 27).

b) Honorarios para las empresas que practiquen visitas a las asociaciones (art. 32, parágrafo).

Observa la Sala:

1. Al desaparecer el Comité Nacional de Seguridad del Gas Propano por la anulación que aquí se decreta del art. 27 de la Resolución 1040, por sustracción de materia quede sin ninguna vigencia la reserva del 4% que tenía como destino cubrir las necesidades económicas de ese Comité.

2. Al declararse la nulidad del artículo 32 inciso primero de la Resolución 1040 que instituye las empresas particulares de vigencia, según se verá en párrafos posteriores, desaparecer también por sustracción de materia la disposición sobre los "honorarios" en cuestión (art. 32, parágrafo).

*En relación con los cargos cuarto y quinto acumulados, en cuanto a que el aporte del 4%, por su recaudo y destinación corresponde a la determinación de una renta nacional y a un gasto de la administración. Décimo cargo.*

Se observa:

No entra la Sala al estudio de este aspecto porque en el examen de los cargos anteriores se llega a la anulación del art. 27 de la Resolución 1040.

*En relación con los cargos sexto y séptimo acumulados, en cuanto al establecimiento de un régimen de sanciones por el incumplimiento de las disposiciones del acto acusado.*

El cargo fundamental se relaciona con la aseveración de que sólo el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales tienen competencia jurídica para el establecimiento de un régimen de infracción y de sanción por conductas contrarias a las disposiciones de la Resolución acusada.

Para resolver se considera:

De acuerdo con lo regulado por la Ley 1a. de 1984 (art. 3°., literal e) corresponde al Ministerio de Minas y Energía lo siguiente:

> "e) Dictar los reglamentos y hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas con la explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento y comercialización de los recursos naturales no renovables, así como las relativas a la generación, transmisión, interconexión, distribución y de control técnico de la Energía Eléctrica.
>
> "Igualmente, ...".

Al respecto observa la Sala que la facultad concedida por la Ley al Ministerio tiene que ver con la expedición de reglamentos, como expresión visible de la facultad reglamentaria. A este respecto ha sostenido esta Corporación:

> "El Consejo de Estado siempre ha estimado con fundamento en el Estatuto Constitucional, que la potestad reglamentaria es la atribución del *Gobierno* de expedir normas generales, impersonales, y abstractas, a fin de que las leyes tengan su debido cumplimiento (sic). Esa potestad es de la esencia misma de la función administrativa, puesto que si ella no podría encontrar desarrollos en la práctica. El reglamento emana de la naturaleza misma de las cosas, dice Hauriou. Y, ciertamente, es imposible que la ley contemple o contenga todos los requisitos o reglas en detalle que son indispensables (sic) para su debida aplicación. No es posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se pueden prever en determinada materia; ese sería el casuismo legal indicativo realmente de una falta de técnica legislativa, como lo ha dicho el Consejo de Estado en no pocas ocasiones. Consecuencialmente, la función de hacer operante la norma legal en cuanto a ciertos aspectos y detalles, la cumple el reglamento.

"... Ahora bien, el Gobierno en su labor reglamentaria...".

Siendo, en consecuencia, la determinación del régimen sancionatorio algo que afecta la libertad de los individuos y el ejercicio de su voluntad personal, mal podría propiciarse el que una norma de menor categoría, dentro de la pirámide kelseniana, pudiera no sólo crear unidades administrativas especiales, establecer un régimen sancionatorio y darle cabal cumplimiento, todo en un mismo acto. Es claro, además, que el ejercicio de la facultad reglamentaria, manifiesta entre otras cosas, por la posibilidad de expedir *reglamentos*, se haya reconocido por la jurisprudencia como competencia del Gobierno (no del ministro correspondiente), denominación en la cual se han de comprender el Presidente de la República y el Ministro del ramo. Es preciso, entonces, hallar razón al actor en la formulación de este cargo. En este cargo queda comprendido el decimoprimero.

*En relación con el octavo cargo acerca de*: a) la facultad otorgada al Ministerio para ejercer vigilancia e inspección sobre libros de contabilidad y demás documentos contables y b) la facultad otorgada al mismo para ejercer vigilancia e inspección sobre los documentos privados de las asociaciones (art. 33 de la Resolución 1040), se considera:

El artículo 38 de la Carta Política prescribe que las cartas y papeles privados no pueden ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

No se contempla en la Ley 1a. de 1984, orgánica del Ministerio de Minas y Energía, antecedente normativo del acto acusado, tal ingerencia en documentos privados, luego el artículo 33 amerita ser anulado y lo será en el texto respecto del cual así se solicita. Sobre el acceso oficial a libros y documentos contables halla la Sala que de acuerdo con el mismo artículo 38 constitucional ello sólo cabe para fines de Tributación y en los casos de intervención del Estado, siendo así que ninguno de estos dos eventos se plantea en el caso controvertido.

Prosperan los cargos.

*En relación con el noveno cargo, pero sólo en la exigencia del horno de normalización de paso contínuo.*

Es preciso observar en el desorden acusatorio en que se incurre en la demanda pues los argumentos presentados en éste hubieran podido vincularse a los conceptos de la violación de los cargos primero, cuarto y quinto.

La clasificación de cargos por normas violadas y no por concepto de la violación de origen, como en el presente caso, enumeraciones repetitivas y de difícil consideración por la dispersión y repetición de los argumentos.

El alegato central del actor en el punto que merece comentario especial este cargo, esto es, en lo relativo a la exigencia del horno de normalización de paso contínuo, se basa en la consideración de las determinaciones de la norma técnica oficial obligatoria, entre las cuales no se observa la mención del horno. La Sala debe afirmar, de entrada que en este caso el actor carece en forma rotunda de razón. Se trata de dos instancias administrativas diferentes: una es el sometimiento a las condiciones de la norma técnica oficial obligatoria y otra muy distinta la satisfacción de requisitos encaminados a evitar graves peligros. Por ello, la Sala tiene en cuenta el Memorando de la División de Combustible, en que se determina la razón de orden técnico para la exigencia del horno de normalización de paso contínuo. Allí se lee:

> "La División de Combustible, considerando que es función del Ministerio de Minas y Energía tomar medidas para prevenir graves riesgos (sic) que se puedan presentar, provenientes, de los recipientes utilizados en la comercialización del Gas Propano (G.L.P.) por posibles deficiencias en las operaciones de mantenimiento y reparación atribuibles a soldaduras inadecuadas y/o fallas del material utilizado en este tipo de procesos, conceptúa, desde el punto de vista técnico que es necesario y concerniente (sic) que el horno de normalización de paso contínuo, exigido en el literal f) del artículo 17 de la Resolución No. 1040 de mayo 4 de 1987 haga parte del equipo mínimo e indispensable con que debe contar (sic) los talleres de las asociaciones que efectúan mantenimiento, reparación y reposición de cilindros de Gas Propano (G.L.P.).
>
> "Para una mayor ilustración ..." (fl. 165).

Para la Sala lo anterior es suficiente que el cargo endilgado a la Resolución en relación con la exigencia del horno no tiene virtualidad alguna por lo que se habrá de hallar legal la disposición que lo establece. En este caso queda también atendido el cargo decimoquinto.

"*En relación con el decimosegundo cargo, en cuanto establece nuevas formas para el ejercicio de la vigencia técnica administrativa*;

Es claro que siendo el contenido del artículo 23 de la Ley 1a. de 1984 análogo en varias de sus funciones, o al menos de parecido propósito, a los artículos 32 y 33 del acto administrativo acusado, y observándose entre ellos francas contradicciones, haya que decidir que la Resolución acusada se excedió en la determinación de las formas de vigilar. La contradicción en consecuencia, habrá de zanjarse en favor del precepto de mayor jerarquía lo que, en forma

automática hará que caiga el precepto acusado. Uno de los principios de la actividad administrativa es el de eficacia, pero aquí en el presente caso se establece doble control, cosa que no sólo conspira contra la eficacia sino que de paso afecta el principio de la economía que se deduce no sólo respecto de la administración sino también de los administrados sometidos a las múltiples exigencias del Estado, por consi-deraciones de interés general.

Y lo que es más grave: Se delega indebidamente en Empresas Privadas la función de vigencia técnica y administrativa, no obstante que ello compete directamente al Ministerio de Minas y Energía, según la mencionada Ley 1a. de 1984, y quien cuenta con las dependencias y funcionarios especializados para ello.

Prospera el cargo.

En relación con el decimotercer cargo, observa la Sala que se despachó al examinar el segundo cargo (página 30 a 32 *supra*).

*En relación con el decimocuarto cargo, en lo dispuesto acerca de los bienes de la asociación que sufre la cancelación de su licencia.*

Desapareciendo la índole de las asociaciones como "sin ánimo de lucro" no se explica como puede ser jurídicamente viable arrebatarle sus bienes a aquella cuya licencia fue cancelada para entregársela a otra de la misma especie. Ya la Sala hizo la observación antes respecto de que la actuación de las asociaciones no es exclusiva, sino principal, en la conservación de los cilindros. Por lo anterior, no se explica entonces a qué título se produciría el despojo de los bienes que la asociación posee y que no provienen directamente de las actividades de conservación, reparación y mantenimiento de los cilindros que es una, pero no todas, de las actividades para las cuales actúan las asociaciones.

Siguiendo criterios de prelación normativa entonces, se sabe que toda ley prevalece sobre normas de inferior categoría como la cuestionada resolución.

Prospera el cargo y es así como se anulará el art. 39 en su parágrafo.

*"En relación con el cargo decimosexto, en lo que tiene que ver con la coexistencia de dos seguros por el mismo concepto.*

Pasa la Sala enseguida a despachar este cargo en los siguientes términos:

La parte demandada, en el alegato de conclusión arguyó al respecto, que no es procedente afirmar que exista la posibilidad de dos seguros coetáneos, por cuanto según sus propios términos,

"... Hay una diferencia abismal entre la responsabilidad generada por las actividades propias de las asociaciones que prestan (sic) el servicio de mantenimiento, reparación y reposición de cilindros y la que se deriva de la labor específica de la distribución del mismo".

A lo anterior, la Sala observa que una distinción de esta índole sólo es el resultado de una apreciación subjetiva de la demandada porque otra cosa muy diferente se lee en la norma cuestionada.

En efecto, obsérvese el tenor literal de la norma en cuestión:

"Artículo 21. Cada una de las asociaciones deberá mantener vigente un seguro de responsabilidad civil extracontractual, en la modalidad de predios, labores y operaciones que cubra daños a terceros en sus bienes y/o personas, derivados de sus propias actividades, expedida por una compañía de seguros establecida legalmente en el país y de acuerdo con los reglamentos y normas de la Superintendencia Bancaria, *sin perjuicio de las pólizas que tengan los propietarios de cupos por el mismo concepto*".

Por lo anterior, la Sala habrá de declarar la nulidad de la expresión que solicitó la demanda. La declaración que procede se hace de acuerdo parcialmente con el colaborador fiscal.

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

**FALLA:**

1. Declárase la nulidad de la expresión "sin ánimo de lucro" del artículo primero de la Resolución 1040 de 1987, proferida por el Ministerio de Minas y Energía. En el artículo 21, de la expresión "sin perjuicio de las pólizas que tengan los propietarios de cupos por el mismo concepto". De los artículos 25, 26 y 27. Del artículo 31 en la parte que dice: "Fiscalizará la forma como las asociaciones manejen los fondos de que trata el artículo $6^{o}$ y $7^{o}$ con el propósito de garantizar que estos se destinen exclusivamente para los fines previstos en esta resolución". Del artículo 32. Del artículo 33 en la parte que dice: "... o empresas que este Ministerio designe para practicar visitas o revisiones a las asociaciones, deberán identificarse debidamente y dejar constancia de la autorización del Director General de Hidrocarburos, podrán tener acceso a los libros de contabilidad y demás documentos contables relacionados con el manejo de las mismas. También podrán requerir copia de las actas de las reuniones de las juntas directivas, asambleas ordinarias y extraordinarias de las asociaciones".

De los artículos 37, 38 y 39.

2. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y publíquese.

Se deja constancia que el anterior proyecto fue discutido en la sesión de la Sala de fecha diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

*Simón Rodríguez Rodríguez*, Presidente de la Sala; *Samuel Buitrago Hurtado*, *Guillermo Benavides Melo*, Ausente; *Luis Antonio Alvarado Pantoja*

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

## LEGITIMACION PROCESAL/ PODER ESPECIAL

**Son sustancialmente diferentes al sentido y las atribuciones que resultan de un poder para intervenir en un proceso de aquel otorgado para demandar, iniciar y adelantar una acción, u otra expresión semejante.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., dieciseis (16) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1423. Actor: Contraloría General de la República.

La ciudadana Matilde Rey de Uribe, en su condición de Jefe de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República y estando delegada para ello, confiere poder al Abogado Hugo Latorre Donado y éste lo acepta , "para que en representación de la entidad *intervenga en el proceso de la referencia*" (sic: fl. 1). En el rubro de referencia del citado poder se expresa: "Ref: *Demanda de nulidad* del Artículo 24 y parcial del artículo 336 del Decreto 2666 de octubre 26 de 1984 'por el cual se revisa parcialmente la Resolución Aduanera'" (sic). (Se ha destacado).

De lo anterior se deduce claramente: a)Se confiere un poder especial para que el mandatario "*intervenga en el proceso de la referencia*"; b) La referencia ("Ref") del poder no se dirige a proceso de índole alguna sino a una "Demanda de nulidad" contra dos artículos del Decreto 2666/84, por el cual se revisa parcialmente la legislación (no la Resolución") aduanera"; c) En el expediente de la referencia no hay ni puede existir proceso judicial alguno, por cuanto aún no existe relación procesal alguna, ante lo cual se plantea la duda de si el poder

utilizado se otorgó para *intervenir* en otro proceso que ya esté cursando contra las mismas normas citadas; d) De lo anterior se deduce que son sustancialmente diferentes el sentido y las atribuciones que resultan de un poder *para intervenir en un proceso*, de aquél otrogado *para demandar, iniciar y adelantar una acción*, u otra expresión semejante. e) En el presente caso, a pesar de que el poder fue otorgado para *intervenir en un proceso*, el apoderado lo utiliza para *iniciar una acción*, lo cual, como quedó expresado, son dos cosas esencialmente diferentes.

En consecuencia, el poder utilizado para intentar la acción que ha dado lugar al presente expediente no cumple con el requisito previsto en el artículo 65 del C. de P.C., según el cual "*en los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no pedan confundirse con otros*" (Subrayado del Despacho).

Por lo anterior y de conformidad con lo establecido en el artículo 143 del C.C.A., el Despacho

**DECIDE:**

1. Inadmitir la anterior demanda intentada en representación de la Contraloría General de la República por no reunir el poder utilizado los requisitos legales.

2. Dentro del término de cinco días contados a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia, si el interesado pretende intentar determinada acción por conducto de mandatario judicial, deberá conferirle el correspondiente poder especial en debida forma, con clara y precisa determinación del asunto objeto del poder, de conformidad con lo que establece el artículo 65 del C. de P.C.

NOTIFIQUESE.

*Libardo Rodríguez Rodríguez*, Consejero de Estado.

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

**NULIDAD PROCESAL/ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA POR CUANTIA**

**Al estimar que la providencia demandada ha causado perjuicios valorables en moneda legal colombiana, la Sala debe asumir que el proceso tiene cuantía y por lo tanto la Sección Primera del Consejo de Estado es incompetente para conocer de él. Es competente el Tribunal Contencioso, según el monto de la cuantía que debió precisarse razonablemente.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., veintidos (22) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.*

Expediente: No. 1234. Actor: TRANSPORTES DE VELOZ, MOISES PINILLA E HIJA S.C.A. SUCESORES. Decisión sobre: Recurso de súplica y nulidad del proceso.

## I. EL RECURSO DE SUPLICA:

El apoderado judicial de TRANSPORTES LA VELOZ, MOISES PINILLA E HIJA S.C.A. SUCESORES, usando la acción de restablecimiento del derecho ha solicitado la nulidad de la Resolución No. 970 del 31 de mayo de 1989, expedida por el director General del Instituto Nacional del Transporte. El H. Consejero que conoció del asunto, en auto del 29 de septiembre de 1989, admitió la demanda, vinculó al proceso a la sociedad COMPAÑIA LIBERTADOR S.A. y denegó la suspensión provisional pedida en ella. Contra dicho auto el demandante interpuso el recurso de súplica ante esta Sala para que:

1. Se revoque parcialmente tal proveído y se decrete la suspensión provisional de la providencia demandada y,

2. Se exlcuya como parte interesada y vinculada al proceso a la persona jurídica denominada COMPAÑIA LIBERTADOR S.A.

La sustentación de la suspensión provisional en la demanda y en el recurso de súplica, trae los siguientes textos, destacados por la Sala, que atañen a la exigencia del artículo 152 del C.C.A., de comprobar, "aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor".

**1.** ***De la demanda***:

"Ahora bien, los perjuicios , que son reales y serios tienen tal gravedad y magnitud que para la VELOZ resulta mucho menos perjudicial acudri directamente al CONSEJO DE ESTADO en única instancia para definir con mayor prontitud el asunto, que someterse al posible albur de una doble instancia.

"Pese a lo anterior, y no obstante demostrarse la seriedad y gravedad de los perjuicios con las pruebas sumarlas allegadas, no se pretende su cuantificación exacta, en consideración a que lo que nos interesa es demostrar la existencia de éstos para efectos de obtener la suspensión provisional y no la solicitud de su indemnización".

"Concretándonos a los perjuicios, éstos se evidencian en dos formas:

1. Perjuicios a título de lucro cesante;

2. Perjuicios a título de daño emergente". "Cfr. fl. 74".

En el fallo siguiente aparecen estimaciones y cálculos matemáticos dirigidos a establecer, en moneda legal colombiana, los valores concretos del lucro cesante y del daño emergente. En cuanto a este último concepto obra a (fl. 12) una certificación de la gerencia de la socieda demandante en la cual se indica el número de vehículos de la empresa que resultarían "inmovilizados" o "subutilizados" por los efectos del acto demandado que le suprimió, al desatar el recurso de apelación, una ruta y unos horarios. Finalmente en ese folio 75 se agrega la consideración del daño emergente debido al costo sobreviniente del pago de conductores y del personal administrativo que quedaría cesante por las mismas causas.

***2. Recurso de súplica:***

"En segundo lugar, se informa nuevamente al Honorable CONSEJO DE ESTADO, la razón por la cual resulta menos perjudicial a la empresa

renunciar al cobro de perjuicios que cobrarlos mediante un proceso dispendioso y largo como los que actualmente se ventilan ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca".

"Como el negocio de mi representada es la prestación del servicio público del transporte y no el de ganar pleitos, se precindió (sic) de la petición de perjuicios con la finalidad de radicar el proceso ante el H,. Consejo de Estado, el cual es competente en única instancia".

"Si se hubieren (sic) pedido perjuicios, la competencia se hubiere radicado en el tribunal, en primera instancia y no en el CONSEJO DE ESTADO en única (art. 132 numeral 19 C.C.A).

"Ahora bien, por la acumulación de trabajo en el tribunal contencioso administrativo, un proceso como el planteado requiere un término promedio de ocho años, esto, sin contar con la consulta obligatoria que debe surtirse ante el Honorable Consejo de estado, en caso de prosperar la demanda".

"Finalmente, ni siquiera el expediente de la suspensión provisional es un atractivo para haber tramitado el proceso ante el tribunal, habida cuenta que el auto que la decrete es apelable ante el CONSEJO DE ESTADO, quedando en suspenso está (sic) hasta la resolución del recurso".

"Por las razones, expuestas los perjuicios también aparecen acreditados en forma sumaria, tal como lo exige el artículo 152 del C.C.A.".

(Cfr. fls. 112-2).

De acuerdo con las expresiones consignadas en los escritos del demadante, es fácil concluir que:

1. El actor estima que la providencia demandada le irrogó un daño calculable en moneda legal colombiana con base en la precisión del daño emergente y el lucro cesante, tanto por la movilización de pasajeros como por el costo del personal administrativo y de conductores cesantes en el próximo futuro.

2. En actor considera que con esos criterios y cálculos del daño, cumple con la exigencia del artículo 152 del C.C.A., acerca de la demostración sumaria del perjuicio que sufre o podrá sufrir el actor y que, en consecuencia, es procedente la suspensión provisional que reclama con su recurso.

3. El actor afirma que aunque el perjuicio es real, grave, de cierta magnitud y, además, calculable en moneda legal colombiana, se abstiene de estimar razonablemente la cuantía, necesaria para determinar la competencia (art. 137, No. 6 del C.C.A.), con el expreso propósito de obtener que sus pretensiones se definan

en un proceso de única instancia mediante sentencia del CONSEJO DE ESTADO y no en otro de dos instancias, más dilatado y con un trámite dispendioso.

En esa dirección, el recurrente se preocupa –la Sala resalta el texto ya transcrito– por "informar nuevamente al CONSEJO DE ESTADO la razón por la cual resulta menos perjudicial a la empresa renunciar al cobro de perjuicios que cobrarlos mediante un proceso dispendioso y largo como los que actualmente se ventilan ante el Tribunal de lo contencioso Administrativo de Cundinamarca".

4. El actor, para los efectos de la procedencia de la suspensión provisional fija razonablemente los perjuicios en moneda legal colombiana y se apoya en varios criterios para definir esos daños; sin embargo se abstiene de utilizar similares cálculos para cumplir con el requisito del artículo 137, número 61 del C.C.A. Esta contradicción consistente en sostener, al mismo tiempo, que ha recibido graves perjuicios económicos para que prospere la suspensión provisional, pero renunciar a ellos para evitar la precisión de la cuantía y, con esa ingenua ocurrencia, convertir este proceso en única instancia, es evidente tanto en la demanda como en el escrito del recurso de súplica que ha llegado al conocimiento de esta Sala.

## II. DECLARACION OFICIOSA DE NULIDAD:

Las procedentes observaciones de los textos transcritos y la síntesis los (sic) propósitos del actor, conducen a la Sala a estas consideraciones:

1. Los principios del procedimiento propio, del debido proceso y del juez preconstituído y propio son fundamentos constitucionales del orden jurídico colombiano. Su definición se encuentra, no en la voluntad de los justiciables sino en la ley que organiza las jurisdicciones y gobierna los juicios. La estructura de las dos instancias, la asignación previa de las competencias de cada una de ellas, la ritualidad de los juicios y los derechos de la normativa procedimental consagra para las partes vinculadas a la tramitación jurisdiccional, no son creados *ex post facto* por voluntad de quienes ocurran a la justicia, sino decretados por el legislador colombiano en claro ejercicio de las potestades que la Constitución le asigna.

Ese cuadro fundamental origina la obligación de los jueces que el artículo 4º del C. de P.C. describe así:

> "Interpretación de las normas procesales. 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 del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido

proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad entre las partes".

Pertenece, pues, a nuestra dogmática el origen legislativo de las reglas procesales, de la estructura de la jurisdicción y de la definición de los jueces competentes. Esas determinaciones son ajenas a la voluntad de los particulares y del mismo Estado están sometidos a la justicia.

2. Este proceso tiene cuantía aunque el actor, para evitar el debido proceso, el procedimiento y el juez que la ley ha establecido, decida fijarla exclusivamentee en su petición de suspensión provisional, renunciando a precisarla para los efectos del trámite propio y de la competencia que correspode al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca según las reglas contenidas en los artículos 131 y ss. del C.C.A., bien conocidas por el demandante, (Cfr, fl. 111, párrafo 7).

El pretender burlar los principios fundamentales estatuídos por el artículo 26 de la Constitución Política Colombiana, es inaceptable y censurable por ésta Sala.

3. Al estimar el actor que la providencia demandada le ha causado perjuicios económicos, valorables en moneda legal colombiana, debe la Sala, en una sana interpretación de la ley procesal y de la demanda, asumir que el proceso tiene cuantía y que por lo tanto la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es incompetente para conocer de él según lo ordenado por los artículos 128, 129, 131 y 132 del C.C.A. Es competente, en este caso, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, según el monto de la cuantía que debió precisar razonablemente el demandante. (art. 137, 6, del C.C.A.). En cuanto al procedimiento prescrito por las leyes será el de dos instancias, diferente al que se ha seguido hasta este momento.

4. El Código de Procedimiento Civil, aplicable en este caso por remisión expresa que hace el artículo 160 del C.C.A., establece:

"Art. 152. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, sólamente en los siguientes casos:

"2. Cuando el juez carece de competencia".

"3. Cuando se sigue un procedimiento distinto al que legalmente corresponda".

De conformidad con lo expuesto, la Sala considera que se han dado las causales de los Nos. 2 y 3 del artículo 152 transcrito. Por lo tanto, de acuerdo con los artículos 157 y 158 del mismo Código de Procedimiento Civil, es pertinente decidir sobre la nulidad de este proceso, incluido el auto admisorio de la

demanda y disponer su envío al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

En consecuencia, la Sala de Decisión de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

**DECIDE:**

1. Abstenerse de decidir el recurso de súplica interpuesto por el apoderado del actor contra parte del auto admisorio de la demanda, por causa de la nulidad que declara en esta providencia.

2. Declarar la nulidad de este proceso, desde el auto del 15 de agosto de 1989, que ordenó corregir la demanda, inclusive.

3. Ordenar el envío del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que decida lo pertinente.

4. Tener al abogado, Sr. JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY con T. P. No. 28.991 como apoderado judicial de la sociedad actora TRANSPORTES LA VELOZ, MOISES PINILLA E HIJA SUCESORES.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintidós de marzo de mil novecientos noventa.

*Pablo J. Cáceres Corrales, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.*

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

**TRIBUNAL DISCIPLINARIO/ SANCION DISCIPLINARIA** - Naturaleza/ **ACTO JURISDICCIONAL**

**Las decisiones adoptadas por el Tribunal Disciplinario, concretamente en relación con la función disciplinaria respecto de los abogados por faltas cometidas en el ejercicio de su profesión, no tienen naturaleza administrativa sino jurisdiccional, tanto desde el punto de vista del órgano que las expide, como desde el punto de vista del procedimiento y las formas adoptadas para su expedición, lo mismo que desde el punto de vista de la calificación expresa de la ley.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., veintidós (22 de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Magistrado ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1394. Actor: Rafael Ospina Barreiro.

En ejercicio de la acción de nulidad, el ciudadano y abogado Rafael Ospina Barreiro demanda ante esta Corporación la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Disciplinario el 15 de septiembre de 1989, mediante la cuál se el impuso la sanción de amonestación; y la providencia dictada por el mismo Tribunal el 19 de octubre de 1989, que negó la nulidad de la sentencia sancionatoria mencionada.

En su demanda el actor se refiere a los actos demandados como "actos administrativos", sin explicar o sustentar esta calificación.

Decía el art. 82 del Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo):

"Art. 82. *Objeto de la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.* La jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituída para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas. Se ejercerá por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución Política y la ley.

"Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno, pero sólo por los vicios de forma.

"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".

La norma anterior fue modificada por el artículo 12 del Decreto Ley 2304 de 1989, quedando en los siguientes términos:

"Artículo 82. *Objeto de la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo.* La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo instituída por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley.

"Esta Jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

"La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la Ley".

Por otra parte, el artículo 83 del C.C.A., según el texto adoptado por el artículo 13 del Decreto 2304, dice lo siguiente:

"Art. 83. *Extensión del control.* La Jurisdiccion de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto".

Tal vez la modificación introducida al último inciso del artículo 82 del C.C.A por el Decreto 2304 citado, en el sentido de eliminar la referencia expresa

a "las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario", como decisiones excluídas de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, fue la que motivó al actor a presentar la demanda analizada, ya que ella se dirige precisamente contra providencias del citado Tribunal Disciplinario". Seguramente que dicha modificación llevó a pensar al actor, como a otras perosnas, que la consecuencia de la reforma consiste en que a partir de su vigencia las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario no están excluidas de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, por consiguiente, hacen parte del objeto de dicha jurisdicción.

No comparte este Despacho la apreciación anterior, que sería la única que podría justificar la viabilidad de la demanda, por lo cual procederá a su inadmisión, por las siguientes razones:

1. A pesar de la controversia que desde tiempo atrás se ha venido dando sobre la naturaleza de las decisiones adoptadas por el Tribunal Disciplinario, concretamente en relación con la función disciplinaria que le otorga el artículo 217 de la Carta Política frente a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y ampliada por el Decreto 196 de 1971 y por la Ley 20 de 1972 respecto de los abogados por faltas cometidas en el ejercicio de su profesión, el Despacho considera que dichas decisiones no tienen naturaleza administrativa sino jurisdiccional, tanto desde el punto de vista del órgano que las expide, como desde el punto de vista del procedimiento y las formas adoptados para su expedición, lo mismo que desde el punto de vista de la calificación expresa de la ley.

A este respecto, en vigencia del Decreto Ley 528 de 1964, el Consejo de Estado consideró que las decisiones del Tribunal Disciplinario constituian actos administrativos y no jurisdiccionales.

Dijo la Corporación en aquella oportunidad:

> "El acto por medio del cual se impone una sanción dentro de un proceso administrativo disciplinario, es un acto administrrativo, y así, el que aquí se cuestiona, por medio del cual el Tribunal Disciplinario impuso una sanción al doctor Humberto Barrera Domínguez consistente en la destitución del ejercicio de su cargo como magistrado de la Sala Penal de la Corte, como culminación de un proceso disciplinario, es un acto administrativo que contiene la expresión de la voluntad de la Administración. Es indudable que ese acto es susceptible de demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al paso que una sentencia en el sentido y alcances que aquí se han analizado, no es demandable. Si no se está de acuerdo con ella al interesado queda expedito el camino para interponer los recursos respectivos que según las normas pertinentes sean procedentes".

"...

"En el caso presente el acto acusado es apenas el resultado de un procedimiento disciplinario que, como se ha visto, tiene consecuencias jurídicas muy diferentes a las que produce una decisión jurisdiccional propiamente dicha.

"...

"Por manera que cuando se acusa una providencia del Tribunal Disciplinario, lo que se está es cuestionando un acto administrativo sancionador de una falta disciplinaria, acto que por su naturaleza y las consecuencias administrativas que produce, cae bajo el control jurisdiccional contencioso administrativo". (C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia dele 21 de marzo de 1980, Expediente No. 836, Consejero ponente, doctor Samuel Buitrago Hurtado, Anales, Primer Semestre de 1980, Nos. 465-466, Tomo XCVIII, páginas 182 y ss).

No obstante lo anterior, con posterioridad a la decisión citada, se han producido estudios, normas y discusiones doctrinales y jurisprudenciales que han modificado la posición anotada.

En efecto, desde el punto de vista del órgano productor de la decisión y del procedimiento y la forma adoptados para su expedición, a pesar de que también sobre estos aspectos se han presentado algunas discusiones, el Despacho se remite a las largas disquisiciones realizadas por la Academia Colombiana de Jurisprudencia en relación con la naturaleza del extinguido Consejo Superior de la Judicatura, las cuales considera aplicables al Tribunal Disciplinario por necesaria y lógica analogía, y que dieron lugar a dos proposiciones aprobadas por amplia mayoría en el seno de dicha institución, según puede constatarse en la Revista de la Academia Nos. 240-241-242, correspondiente al período enero-junio de 1981, páginas 118 a 159, las cuales son del siguiente tenor:

"El Consejo Superior de la Judicatura forma parte de la Rama Judicial del Estado, pero además de sus funciones jurisdiccionales tiene otras de naturaleza administrativa".

"Las funciones del Consejo superior de la Judicatura, en el juzgamiento disciplinario de Jueces y Magistrados, son jurisdiccionales por su naturaleza; el trámite que para ello se adelanta allí es un proceso, y la providencia que le pone fin es una sentencia".

2. Igualmente la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, en relación concreta con la naturaleza del Tribunal Disciplinario y de sus funciones disciplinarias, ha confirmado esa tesis. En efecto, ha dicho sobre el particular:

"Considera la Corte que las sanciones disciplinarias que aplican los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Disciplinario, en virtud de la norma acusada, tienen claro sentido jurisdiccional, pues no son susceptibles de controversia jurídica, dado que tienen efecto de cosa juzgada. Es por ello que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo ha excluido del ámbito de la jurisdicción Contencioso administrativa 'las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario'.

"Dicho Tribunal , por la índole de las funciones que le asigna eel artículo 217 de la Carta, debe ser considerado como una autoridad jurisdiccional, aunque no forme parte de la estructura que prevé el título XV de la Constitución, que versa sobre la administración de justicia, como tampoco está ahí comprendido el Consejo de Estado, cuyo carácter jurisdiccional es inobjetable, así cumpla determinadas funciones de orden administrativo como las de consulta". (C.S.J., Sala Plena, sentencia No. 33 26 de marzo de 1987, Magistrado Ponente: Dr. Jesús Vallejo Mejía, Gaceta Judicial No. 2340, Tomo CXCI, páginas 348 y ss).

3. Pero, además de lo anterior, la Ley misma ha calificado dicha función del Tribunal Disciplinario como jurisdiccional. En efecto, el artículo 51 del Decreto-ley 1888 de 1989 manifiesta expresamente que "las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios y empleados judiciales son actos jurisdiciconales, no susceptibles de acción contencioso administrativa".

No podrá decirse que la norma anteriormente transcrita no sea aplicable a la demanda estudiada, que se refiere a una providencia dictada por el Tribunal Disciplinario en relación con un abogado y no con un funcionario o empleado judicial, porque el Despacho no encuentra argumento para no aplicar en este caso el principio general según el cual "donde existe la misma razón, existe la misma disposición", teniendo en cuenta que el órgano que impone la sanción es el mismo, que para ello aplica procedimientos similares y que la decisión tiene el mismo carácter de sentencia.

Tampoco podría argumentarse que con posterioridad al Decreto 1888 de agosto 23 de 1989 se expidió el decreto 2304 de octubre 7 del mismo año, que eliminó las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario como decisiones excluidas de la jurisdicción contencioso administrativa, porque el Despacho entiende que dicha eliminación no tiene como consecuencial el que queden ellas incluidas dentro del objeto de esta jurisdicción. Por el contrario, el Despacho considera que esa eliminacion obedece al hecho de que el Código Contencioso Administrativo no tiene porqué referirse a dichas decisiones, por las siguientes razones que resultan de las consideraciones anteriores:

a) Las decisiones analizadas no tiene el carácter de actos administrativos sino jurisdiccionales.

b) Por lo mismo, no pueden dar lugar a "controversias o litigios administrativos", como lo exige el artículo 82 del C.C.A., para que dichas controversias o litigios sean objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por lo anteriormente expuesto, el Despacho

**RESUELVE:**

1. Inadmitir la demanda presentada por el ciudadano Rafael Ospina Barreiro; por falta de jurisdicción.

2. En firme esta providencia y sin necesidad de desglose, devuélvanse al interesado los anexos aportados con su demanda.

Notifíquese y cúmplase.

*Libardo Rodríguez Rodríguez*, Consejero de Estado.

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

# SECCION
# SEGUNDA

**INSUBSISTENCIA** - Procedencia

**El ejercicio del derecho de aceptar o declinar un nombramiento no puede constituirse en un impedimento para que la autoridad nominadora pueda cumplir las funciones relacionadas con la organización y funcionamiento de la correspondiente entidad pública.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.*- Bogotá, D.E., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 403. Reconstrucción-Apelación Sentencia. Actora: MARGARITA ROLDAN DE CASTRO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante contra la sentencia de noviembre 12 de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso promovido por la señora MARGARITA ROLDAN DE CASTRO para impetrar el restablecimiento del derecho, previa anulación de la Resolución No. 1082 de octubre 22 de 1980 por el cual el Instituto de Crédito Territorial declaró insubsistente su nombramiento.

El A-QUO desestimó las pretensiones de la demanda, acogiendo la Vista Fiscal, con los siguientes argumentos:

– Por virtud del Decreto 1601 de junio 30 de 1980 que dió a la entidad demandada el carácter de establecimiento público, todos sus empleados se con-

virtieron en empleados públicos, entre ellos la demandante que, mediante vinculación contractual, venía prestando allí sus servicios desde enero 15 de 1961.

– Incorporada a la nueva planta de personal como funcionaria pública en el cargo de Técnico Administrativo, "lo desempeñó la actora desde que fue incorporada en forma efectiva, hasta la fecha en que se declaró la insubsistencia de su nombramiento". No teniendo fuero especial de estabilidad, podía ser retirada en ejercicio de la facultad discrecional de la administración.

– Por haberse negado a suscribir el acta de posesión "por medio de la cual se materializaba su reincorporación al cargo en el cual venía laborando desde meses atrás... feneciendo en forma absoluta todos los términos de aceptación y toma de posesión ... la entidad nominadora, actuando dentro de la órbita legal, procedió a declarar la insubsistencia de su nombramiento". (fls. 1-7).

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación estima en su vista reglamentaria que debe confirmarse el fallo recurrido y, al respecto, expresa:

> "Tal como se relacionan los hechos en la demanda, la conclusión obvia es la de que la actora, que no quiso hacer tránsito de trabajadora oficial a empleada pública, más que retirada del servicio mediante declaratoria de insubsistencia, debe estimarse como respetada en su voluntad de no aceptación de un cargo público. Así las cosas, esta jurisdicción no puede ni debe violentar esa voluntad así expresada mediante la declaratoria de nulidad de un acto inexistente: pues mal puede retirarse del servicio, como empleada pública, a alguien que no aceptó vincularse a él en tal carácter". (fol. 66).

Reconstruido el proceso en los términos del Decreto 3825 de 1985, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes

## CONSIDERACIONES:

1. Según muestran los autos, efectivamente en forma terminante rechazó la actora el acto por el cual se le comunicaba su incorporación oficial al cargo y se le ordenaba posesionarse del mismo (fol. 40).

## DIJO ENTONCES:

> "Por considerar que la suscripción del ACTA DE POSESION para la Incorporación en la nueva Planta de Personal del ICT lesiona mis intereses económicos adquiridos honestamente mediante las Convenciones legales firmadas entre el ICT y los trabajadores, la nueva reestructuración no está dentro de los parámetros de la Constitución y de la ley, por

atropellar derechos adquiridos ampliamente protegidos en la misma Constitución y la Legislación Laboral, por el contrario se montó en base a la política de represión y aprovechamiento de las débiles economías y grandes necesidades de los trabajadores.

Por las anteriores circunstancias y por considerar que los efectos jurídicos de la Convención Colectiva de Trabajo firmada en el ICT en 1979, no han prescrito, presento mi más absoluto rechazo a la mencionada suscripción de Actas". (fol. 44).

Ahora bien, el acto de desvinculación se enjuicia en la demanda a través del siguiente concepto de violación:

"A mi mandante se le sancionó con la máxima sanción, sin que previamente se le permitiese ejercitar el derecho constitucional a la defensa. La administración al proferir el acto acusado, lo hizo con manifiesta desviación de poder, ya que con él no se buscó como fin, el proveer a la buena prestación del servicio, sino a sancionar unos hechos ocultos para mi mandante.

La administración, no dando la debida protección constitucional al trabajo, ni respetando los procedimientos legales, ejercitó la atribución sancionatoria, mas no la discrecional de nombrar y remover libremente a los empleados públicos no inscritos en la carrera administrativa". (fls. 9 -10).

Esta imputación de intención sancionatoria no encuentra respaldo en el plenario: Al contrario, según constancia visible a folio 43, expedida en febrero 23 de 1982, "la señora MARGARITA ROLDAN DE CASTRO, identificada con la cédula de ciudadanía número 20.312.678 de Bogotá, no fue sancionada en el último año de servicios" y "tuvo una conducta y eficiencia laboral buena, tal como se desprende de su Hoja de Vida".

Tampoco hay evidencia de que se le hubieran formulado cargos por faltas disciplinarias que exigieran una investigación administrativa. Así que carece de fundamento la imputación de que con el acto acusado "no se buscó como fin el proveer a la buena prestación del servicio sino a sancionar unos hechos ocultos para mi mandante".

Ni muestra el expediente a qué hechos ocultos se refiera la demandante ni, mucho menos, que alguna conducta suya fuera sancionable con destitución. Al contrario, es la propia demandante quien afirma, a través de su apoderado, en la demanda:

"Mi mandante siempre prestó sus servicios dentro de la más alta responsabilidad laboral y de estricto cumplimiento, con la mayor eficiencia, de sus obligaciones y deberes". (fol. 9).

Por otra parte, en el libelo no se señala ni se sugiere una relación de causalidad entre la renuncia de la accionante respecto de la posesión y la declaración de insubsistencia. Solamente en el alegato de conclusión se formulan planteamientos en este sentido, los cuales obviamente no pueden tomarse en consideración dado que tal alegato no es oportunidad procesal viable para corregir o adicionar la demanda. Igual afirmación cabe hacer respecto de las formulaciones que se hicieron en audiencia pública (fols. 79-80).

2. Por vía de definición doctrinal, cabe precisar, sin embargo, que el haberse vinculado la demandante inicialmente por contrato de trabajo no le daba derecho para continuar en el mismo cargo con la misma vinculación habiendo aquél cambiado de naturaleza. De otra parte, el solo hecho de desempeñar funciones públicas que anteriormente no tenían tal carácter no es razón para que la funcionaria se negara a la diligencia de posesión, que es etapa legal forzosa en estos casos. Ni podía ella alegar derechos adquiridos por convención colectiva a los cuales no tienen acceso los empleados públicos por expresa prohibición legal. Es cierto que, según el artículo 4º del Decreto 2400 de 1968, para ejercer un empleo en la Rama Ejecutiva del Poder Público se requiere, entre varias exigencias, la de "tomar posesión y prestar juramento de cumplir la Constitución, las leyes y las funciones del empleo".

3. Ya en un caso anterior de idénticas características había expuesto la Sala su criterio de que, si bien frente al ofrecimiento de vinculación a la administración el interesado tiene libertad de aceptarlo o rechazarlo, no constituye en forma alguna falta disciplinaria la conducta de quien, promovido a un nuevo cargo, lo declina.

Expresó entonces la Sala que el ejercicio del derecho de aceptar o declinar un nombramiento "no puede constituirse en un impedimento para que la autoridad nominadora pueda cumplir las funciones relacionadas con la organización y funcionamiento de la correspondiente entidad pública".

## Y CONCLUYO:

"De suerte que la decisión adoptada por la administración del Instituto de Crédito Territorial de separar del servicio a la demandante en razón de su renuencia a posesionarse en el cargo al cual se le había destinado, de manera alguna puede considerarse inspirada en razones diferentes del buen servicio, sino que, por el contrario, esta Corporación estima que ella se tomó con el propósito de proveer al buen funcionamiento de la entidad cuya dirección se le encomendó, vale decir, que a la potestad discrecional de remoción de los empleados no escalafonados en la carrera administrativa, en el caso *sub-lite*, no se le dió un cauce extraño al recto criterio del buen servicio público que le es connatural".

(Exp. No. 530, Actora: Ana Raquel Revelo de Medina, Sentencia de noviembre 28 de 1989).

En conclusión, tal como lo precisó el señor Fiscal de esta Corporación en audiencia pública, la demandante tenía el carácter de empleada pública por ministerio de la normación legal que transformó la naturaleza de la entidad. Careciendo de fuero de estabilidad, su nombramiento podía ser declarado insubsistente sin requisito alguno previo o concomitante.

Por consiguiente, estima la Sala que anduvo acertado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al negar las súplicas de la demanda por razones que ciertamente consultan la realidad procesal. en tal virtud, la sentencia apelada habrá de confirmarse.

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:**

CONFIRMASE la sentencia de doce (12) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 19 de enero de 1990.

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

*Miguel A. Perilla P.* Secretario.

**INSUBSISTENCIA/ DESVIACION DE PODER** - Bajo rendimiento

**La ineficiente prestación de los servicios por parte de un funcionario obedece, en principio a las fallas en la formación para el oficio, actividad o profesión o a la carencia de aptitudes personales para el desempeño del empleo, circunstancias que en sí mismas no tienen porque generar responsabilidad, disciplinaria y sólo dan lugar a la declaratoria de insubsistencia de el nombramiento, en forma discrecional y sin necesidad de motivar el acto administrativo, si el empleado no está amparado por fuero alguno; si goza del fuero de estabilidad que emana de la carrera administrativa, no solamente se requiere que el acto administrativo exprese las razones que dan lugar a la decisión, sino que es necesario que se cumplan el procedimiento y los presupuestos señalados en el respectivo estatuto.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.-* Bogotá, D.E., veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruíz.*

Referencia: Expediente No. 3856. Autoridades Departamentales. Actor: DARIO DE JESUS RODAS BETANCUR.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro de la acción de restablecimiento del derecho regulada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, promovida por Darío de Jesús Rodas Betancur, mediante apoderado. El actor formuló las siguientes peticiones:

"A. Que es nula la Resolución No. 3291 de abril 27 de 1987, originaria de la Empresa Antioqueña de Energía, en cuanto el artículo 1° dispone la

insubsistencia del nombramiento del Doctor Darío de Jesús Rodas Betancur, del cargo de Jefe Departamento Servicios Generales, adscrito a la Subgerencia Administrativa.

B. Que como consecuencia de la Nulidad, el Doctor Darío de Jesús Rodas Betancur, debe ser reintegrado al mismo cargo, o de mejor categoría (sic) que la que tenía antes de la insubsistencia, y se le paguen los salarios dejados de percibir, primas y subsidios, desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo.

C. Que el tiempo que haya transcurrido y cesante, se considere sin solución de continuidad para efectos de prestaciones sociales (sic).

D. Que se ordene dar cumplimiento al Fallo en los términos establecidos por la ley". (fl. 15).

Los hechos fundamentales de la acción fueron relatados como se lee en los folios 15 a 18 del expediente.

En la demanda se citaron como normas transgredidas los artículos 16, 17, 20, 39, 62 y 194 ordinal 2) de la Constitución Política, literal e) del artículo 7° del Decreto 1732 de 1960, artículos 6°, 10 y 40 del Decreto 2400 de 1968, artículo 3° de la Ley 52 de 1982, artículo 2°, 77, 84 y 85 del Decreto Ley 01 de 1984, artículo 239 del Decreto Ley 1222 de 1986, Decreto Departamental No. 0305 de 1984, Decreto 2193 de 1984 y la Ordenanza No. 3 de 1982. (Equivocadamente en algunos apartes del libelo se cita el artículo 195 y no el 194 de la Constitución Política).

Según la demanda, la declaratoria de insubsistencia fue adoptada contrariando el ordenamiento jurídico y según se lee en el folio 16,

"3. Los motivos determinantes que tuvo el señor Gerente para la expedición de la Resolución No. 3291 de abril 27 de 1987, fueron de índole político, y no por atender los cometidos estatales, recta prestación del servicio público o efectividad de los derechos e intereses de los Administrados reconocidos por ley, que llevaron al Autor del Acto Administrativo, a proferirlo con el fin de perseguir con la declaratoria de insubsistencia a un Funcionario Honesto, de una hoja de servicios lipia, (sic) para colocar a Otro de un propo (sic) político diferente al suyo al del Nominante" (sic). Y agrega:

"Quiere decir lo anterior, que el Sr. Gerente (sic) con la expedición de la resolución impugnada, incurrió en una típica desviación de poder, lo que hace que dicho acto administrativo sea anulable, y que la (sic) persona lesionada con él, se le deba restablecer en su derecho, arts, 84 y 85 del Decreto Ley 01 de 1984".

En el mismo escrito, luego de describir algunos hechos que califica como "hostigamientos, malos tratos y menos valoración de mis (sic) funciones, que le competían por ley a mi poderdante", expresa que

> "En todo caso, si el Sr. Gerente en su ver y entender, creía que mi mandante estaba incurriendo en faltas que deban (sic) sanciones y destitución, obligado estaba a iniciar y adelantar las investigaciones o informativos hasta su culminación, de conformidad con el Decreto Departamental 03055 de 1984 y el Decreto 2193 de 1984, lo que no hizo, todo lo cual lleva la configuración de la nulidad de la insubsistencia".

El accionante estima que el acto de insubsistencia del nombramiento de un funcionario público, quebranta la libertad para escoger profesión u oficio consagrada en el artículo 39 de la misma Constitución.

De contera, según el actor, la Resolución cuya nulidad se impetra, transgrede lo dispuesto en el artículo $3^0$ de la Ley 52 de 1982 por cuanto al proferirla no se tuvo en cuenta "que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos del estado, la adecuada prestación del servicio y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley". (fl. 20).

El Tribunal del conocimiento negó las súplicas de la demanda en sentencia de 2 de septiembre de 1988, por cuanto consideró que la desviación de poder atribuida a la autoridad nominadora no se acreditó fehacientemente en el proceso y porque no se dió la irregularidad señalada en el libelo en relación con la expedición del acto acusado.

Así se expresó el *a-quo* sobre el particular, en el fallo recurrido:

> "De la prueba testimonial que obra en el proceso, y que se analiza exhaustivamente por el demandante en su alegato de conclusión, se concluye que fueron una serie de hechos o irregularidades en la gestión del actor lo que condujo a su insubsistencia (sic).
>
> Así se infiere de las declaraciones de los funcionarios de EADE, Beatriz Herrera de Matta –superior inmediato del actor, –Fernando (sic) Vélez Toro y Jorge Mario Londoño, versión que en lo atinente a las irregularidades es confirmada por el doctor Jesús María Moncada A., Auditor Fiscal de la entidad, para la época.
>
> Todas estas declaraciones, que ofrecen plena credibilidad al fallador, apuntan a lo mismo: la ineficencia o ineptitud del actor en el desempeño del cargo.

No escapa al Tribunal, la práctica irregular e ilegal que se ha impuesto de tiempo atrás en la Administración Pública, donde con ocasión de los vaivenes político-administrativos es frecuente la remoción de los funcionarios.

No obstante, no puede concluirse que siempre sea tal práctica la que "impone" la remoción o desvinculación de los funcionarios.

El actor, quien alega tal móvil político, es el que debe demostrar que fue esa fundamentalmente la causa de la desvinculación, para que puedan prosperar las pretensiones.

Que el despido masivo de funcionarios de un mismo grupo político, constituye un indicio es cuestión que acepta el Tribunal, pero no quiere decir que él, por si mismo, sea prueba plena del móvil político que alega el demandante; más aún, del acervo probatorio se concluye que fue la ineptitud, el móvil determinante de la remoción.

2. Expedición irregular. El demantante sostiene que el acto es irregular porque debió seguirse una investigación administrativa que culminara con la destitución, así es que esa era la sanción imponible por las irregularidades que cometió el actor.

Para el Tribunal, tampoco está llamada a prosperar dicha tesis.

Es palmario que fue la ineptitud del actor en el ejercicio del cargo lo que motivó su insubsistencia, no la comisión de faltas determinadas y concretas que obligaron a un procedimiento disciplinario.

La noción de ineptitud dice relación a un término genérico, u omnicomprensivo que guarda estrecha relación con la prestación del servicio y en tales casos no es dable hablar de un proceso disciplinario previo". (fls. 167 y 168).

Esta sentencia fue apelada por la parte demandada.

Agotado el trámite legal que regula el recurso de apelación, se procede a decidirlo, previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES:

En el concepto de fondo rendido por el Fiscal Cuarto de la Corporación, en consonancia con los planteamientos del *a-quo*, se solicita la confirmación del fallo apelado, por estimar, que el actor no logró desvirtuar, a través del acervo probatorio, la legalidad que ampara el acto demandado. (fls. 188 -189).

En el primer término la Sala considera oportuno anotar que no obstante las deficiencias que presenta la redacción de algunos de los hechos contenidos en la demanda, al figurar el apoderado como partícipe en ellos, la Corporación haciendo uso de la facultad que le asisten para interpretar la demanda, ha entendido que tales actuaciones se refieren al actor y no a su apoderado.

Ahora bien, al observar las pruebas testimoniales que obran en el proceso, la mayoría de ellas practicadas por solicitud del demandante, como es el caso del testimonio rendido por la doctora Blanca Beatriz Herrera de Matta, se desprende que la decisión contenida en el acto impugnado obedeció a las deficiencias del accionante en el desempeño de las funciones propias del cargo que ocupaba.

En efecto, al ser interrogada acerca de si conocía los motivos que originaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor del cargo que desempeñaba en la susodicha empresa, respondió:

> "Cuando fue desvinculado estaba en el cargo de Jefe de Departamento de Servicios Generales, se venían presentando una serie de anomalías en el normal desempeño de ese Departamento. De este Departamento dependían todos los vehículos de la Empresa, la coordinación de prestar el servicio interno para todos los municipios, además era responsable del buen mantenimiento de los mismos. Durante este tiempo los vehículos no fueron bien aprovechados y no se garantizó que estuvieran en buen estado mecánico, lo que ocasionó problemas para la prestación del servicio. Además no se cumplían los procedimientos para la reparación de ellos". (fls. 53-54).

El anterior testimonio, sumado a los que manifiestan que la declaración de insubsistencia obedeció a deficiencias en el cumplimiento de sus obligaciones por parte del actor y no a persecución política, ofrece plena credibilidad, toda vez que proviene de una persona que según consta en el expediente, profesaba al demandante aprecio como compañero y que consultada sobre su ascenso al cargo que ejercía cuando se le separó del servicio, conceptuó favorablemente, pues en su concepto el actor "tenía condiciones para el nuevo cargo" (fl. 57). Lo anterior permite inferir que si la deponente, en su condición de Subgerente Administrativo de la Empresa Antioqueña de Energía S.A., a pesar de la estimación que le tenía al demandante, circunstancia que según su propio testimonio, la llevó a orientarlo en el desempeño de sus funciones sin ser atendida por aquel, se identificó con la autoridad nominadora para separarlo del servicio por deficiencias en el ejercicio del cargo que desempeñaba, fue porque realmente existieron las fallas laborales detectadas por la administración, las cuales ocasionaron detrimento en la prestación del servicio público encomendado a la entidad, como se colige de las distintas declaraciones de testigos recepcionadas dentro del proceso, como son los de Beatriz Herrera

de Matta, Luis Fernando Toro Vélez y Jorge Mario Londoño (fl. 167). Por el contrario, para la Sala no pasa inadvertido que los deponentes que manifiestan que el actor era un funcionario eficiente y su desvinculación obedeció a persecución política, rindieron unos testimonios cuya imparcialidad es cuestionable. Tal es el caso de José Javier Castaño quien fue desvinculado de la Empresa por la misma autoridad nominadora, ya no trabajaba en ella cuando el actor desempeño el cargo del cual fue retirado y de la alegada persecución política y malos tratos del Gerente tuvo conocimiento por información que le suministró el mismo actor. (fl. 61). Situación aún más diciente se representa con el testimonio de Roberto García Piza; pues no solamente laboró apenas un poco más de cinco meses en la empresa y lo hizo en una ciudad diferente a Medellín, donde trabajaba el demandante, circunstancias que ciertamente no fueron las más propicias para conocer directamente la realidad de los hechos, sino que, una extensa lista de "despedidos por razones políticas" que él leyó en su declaración, le fue suministrada, al menos en parte por el mismo demandante, despidos esos que según reconoce no le constan directamente. Son las anteriores circunstancias, entre otras, las que le permiten a la Sala concluír que los alegados motivos determinantes de índole política para la expedición del acto, no se encuentran probados.

La Corporación comparte el criterio del Tribunal del conocimiento, respecto a que la ineptitud de un funcionario en el ejercicio de su cargo, no constituye falta disciplinaria que amerita el adelantamiento del correspondiente proceso administrativo, lo cual únicamente procedería si existieren concluyentes indicios de que tales deficiencias obedecieron a la intención deliberada del empleado de comprometer o lesionar a la administración pública.

A juicio de la Corporación la ineficiente prestación de los servicios por parte de un funcionario obedece, en principio, a las fallas en la formación para el oficio, actividad o profesión o a la carencia de aptitudes personales para el desempeño del empleo, circunstancias todas ellas que en sí mismas no tienen por qué generar responsabilidad disciplinaria y solo dan lugar a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, en forma discrecional y sin necesidad de motivar el acto administrativo, si el empleado no está amparado por fuero alguno; si goza del fuero de estabilidad que emana de la carrera administrativa, no solamente se requiere que el acto administrativo exprese las razones que dan lugar a la decisión, sino que es necesario que se cumplan el procedimiento y los presupuestos señalados en el respectivo estatuto. Situación diferente se presenta cuando la aludida ineficiente prestación de los servicios obedece a culpa del funcionario y causa daño a la administración o es el resultado de una conducta dolosa, eventos en los que sí existe responsabilidad y en consecuencia amerita la respectiva acción disciplinaria.

Según se desprenda del acervo probatorio, ninguno de estos últimos eventos se dió en el caso *sub-judice*. Por consiquiente, no era menester que la entidad demandada, previamente a la remoción siguiera al actor un proceso disciplinario por los hechos a que se alude dentro del proceso.

No hacerlo entonces, carece de relevancia frente a la legalidad del acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento del demandante, decisión que como se vio antes, fue adoptada por razones coincidentes con la noción del buen servicio público.

Como el recurrente insiste en que la finalidad perseguida con la remoción del servicio del actor fue la "de favorecer a un tercero" (fls. 16 y 154), por lo cual, según él, la autoridad nominadora incurrió en desviación de poder, la Sala observa que a través de las pruebas allegadas al proceso no se acredita la existencia de ese tercero que, supuestamente, la administración se propuso beneficiar con la desvinculación del servicio del actor.

Por lo demás, como se anotó, no se demostró que fueran móviles políticos partidistas los que originaron la separación del servicio público del accionante. Los testimonios recepcionados dan cuenta de la militancia de éste en un sub grupo del partido conservador distinto a aquél del mismo partido, al cual pertenece el nominador, según los deponentes. Empero, tales hechos, *per se*, no implican una necesaria relación de causalidad entre ellos y la decisión de la administración de desvincular el actor del cargo que ocupaba.

El demandante tenía a su cargo la obligación de demostrar que las razones por él invocadas, fueron los verdaderos motivos del mismo y ésto no ocurrió. Por el contrario, sí se acreditó que la decisión de declarar insubsistente su nombramiento, se fundamentó en causas que consultan el criterio del buen servicio público, ante la ineficiencia en el desempeño de las funciones propias del actor, lo cual significa que la administración utilizó rectamente la prerrogativa que le atribuye la ley para remover discrecionalmente a los empleados públicos no inscritos en la carrera administrativa o que no se hallen amparados por fuero de estabilidad.

Finalmente, se considera oportuno hacer tres consideraciones acerca de lo alegado por el actor:

a) Frente al eventual desconocimiento del artículo 39 de la Constitución Política que consagra la libertad para escoger profesión u oficio, debe recordarse que según lo ha reiterado en diferentes oportunidades esta Corporación, no es suficiente invocar el precepto constitucional, puesto que la concreción de su violación solo se logra frente a la norma legal que desarrolla dicho precepto, la cual debe ser igualmente invocada por quien alegue su desconocimiento.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que la escogencia de la profesión u oficio está supeditada tanto a las condiciones propias de las opciones educativas y laborales que se dan en una sociedad y momento determinados, como a las aptitudes y capacidades de la persona para el aprendizaje de la profesión o el ejercicio del oficio respectivo.

No se ve entonces, cómo se vulneró el artículo 39 con la declaratoria de insubsistencia del actor.

b) El artículo 3º de la Ley 52 de 1982 invocado por el demandante en defensa de sus pretensiones, además de tener un texto totalmente diferente al transcrito en la demanda, se refiere a la organización de una institución de educación superior, materia ajena a los hechos del libelo.

c) Respecto a la pertenencia del actor a un grupo político determinado, que según él dió lugar a su retiro del servicio, se observa una contradicción entre lo alegado por su apoderado y lo afirmado por varios testigos; pues mientras en el alegato que aparece a folio 149, punto 3o., se dice: "Que hubo motivos políticos que determinaron la insubsistencia de mi Patrocinado (sic) debido a que El (sic) pertenecía al Grupo Progresista del Partido Social Conservador, Mientras (sic) que el Sr. Gerente, pertenecía al Grupo Villeguista...", los deponentes afirman lo contrario: que el actor era "villeguista" y el Gerente "progresista", luego, ni aún el mismo apoderado tiene certeza sobre la forma como se produjo la alegada persecución política.

Por las razones expuestas y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales de esta Corporación sobre la manera como debe probarse la existencia de móviles ocultos en la expedición de actos discrecionales, la sentencia apelada debe confirmarse.

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:**

CONFIRMASE la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, el día 2 de septiembre de 1988, recaída en el proceso instaurado por Darío de Jesús Rodas Betancur, contra la Empresa Antioqueña de Energía, S.A.

Sin costas por no haberse causado.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 25 de enero de 1990.

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

*Miguel Antonio Perilla P.*, Secretario.

**RENUNCIA/ FALSA MOTIVACION**

**En el momento de aceptar la renuncia por medio del acto controvertido, la administración ya conocía el retiro de la renuncia, luego se pronunció a sabiendas sobre un supuesto falso. El acto acusado es nulo, simplemente porque contiene falsa motivación pues en últimas aceptó una renuncia que había sido retirada.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.*- Bogotá, D.E., seis (6) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejera ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3990. Actor: Rafael de Jesús Barbosa Mercado. ASUNTOS MUNICIPALES.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Cúcuta contra la sentencia proferida el 7 de octubre de 1988 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

**ANTECEDENTES:**

Por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor Rafael de Jesús Barbosa Mercado pidió al Tribunal declarar la nulidad de dos resoluciones mediante las cuales el Contralor Municipal le aceptó la renuncia del cargo de Auditor Especial y nombró su reemplazo. Solicitó igualmente el restablecimiento del derecho.

Hizo una extensa relación de HECHOS, que pueden resumirse así:

Que el 27 de enero de 1987 fue nombrado como Auditor Especial de la Contraloría Municipal de Cúcuta ante las Empresas Públicas Municipales, y se posesionó el 30 de enero;

Que cuando él asistía como invitado a la Junta de las Empresas Públicas Municipales, el 27 de mayo de 1987, fue convidado por el Alcalde de Cúcuta a retirarse del recinto pues iban a tratar asuntos importantes y no deseaba que estuviera presente;

Que al retirarse, el Personero de Cúcuta solicitó la destitución del Auditor Especial ante las Empresas Públicas;

Que el día 28 de mayo el Personero dijo a la radio que el Auditor había sido destituido fulminantemente de su cargo por exigir el 15% a algunas agencias de suministro;

Que aun cuando el Contralor Municipal de Cúcuta no asistió a la reunión del día 27, comunicó a los señores Jaime Buenahora Febres Cordero e Italo Giusseppe Romero que tenía listas dos resoluciones: una aceptando la renuncia al demandante y otra declarando insubsistente su nombramiento como Auditor Especial;

Que la existencia de esas dos resoluciones se la comunicó posteriormente al actor y que el Contralor mismo le dijo que era mejor que renunciara;

Que eso le produjo profundas presiones sicológicas y morales;

Que en tal estado anímico decidió presentar renuncia el 28 de mayo, "en lugar de que se le declarase insubsistente";

Que luego de renunciar "se dio cuenta que había sido constreñido sicológica, moral y espiritualmente por el Contralor General del Municipio de Cúcuta, en coautoría del Personero Municipal, señor Carlos Eduardo Ramírez Quintana, quienes le imputaban cargos sin prueba alguna";

Que el día 29 de mayo, ofició al Contralor solicitándole que no aceptara la renuncia, "por no ser libre y espontánea";

Que el 30 de mayo, el Contralor aceptó su renuncia y que el 24 de junio el demandante solicitó que se revocara esa aceptación de renuncia;

Que ante las graves acusaciones de que era objeto, el señor Barbosa Mercado solicitó a la Procuraduría que investigara sus actuaciones como Auditor ante las Empresas Públicas de Cúcuta, y que en agosto de 1987 se le notificó el archivo de las diligencias por no haberse hallado mérito para abrir investigación formal;

Que el demandante denunció penalmente al Personero de Cúcuta por diferentes "conductas punibles contra él", como la calumnia. Y que dentro de esa actuación penal existen pruebas de la "coacción o constreñimiento" de que fue objeto, particularmente en los testimonios de cuatro ciudadanos –cuyos nombres precisa–, asistentes a la reunión del 27 de mayo de 1987.

Como normas violadas con el acto acusado citó: C.N.: artículos 2°, 16, 20, 143; artículos 2° y 3° del C.C.A.; Decreto 2400 de 1968, artículo 27; Decreto 1950 de 1973, artículos 111 y 112. Expuso el concepto de la violación en extenso escrito.

Al aceptar integralmente la vista fiscal, y adoptarla como fundamento central de su decisión, el Tribunal accedió a las súplicas de la demanda.

El señor Fiscal Cuarto de esta Corporación estima que la sentencia apelada debe ser revocada.

Se ha surtido el trámite correspondiente a la apelación y puesto que no se observa causal ninguna que invalide la actuación, debe la Sala proferir sentencia de mérito a lo cual procede mediante las siguientes,

## CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a establecer la legalidad de las Resoluciones 0298 (mayo 30) de 1987, por medio de la cual el Contralor General del Municipio de San José de Cúcuta aceptó la renuncia presentada por el señor Rafael Barbosa Mercado, del cargo de Auditor Especial ante las Empresas Municipales de Cúcuta y la Resolución No. 0299 de la misma fecha, mediante la cual se eligió su reemplazo.

La renuncia es una forma de retiro del servicio y ocurre cuando el empleado, de manera libre y espontánea, manifiesta su deseo de hacer dejación del cargo.

Por tratarse de un acto voluntario y libre, la ley prohibe de modo terminante las renuncias que no sean el reflejo de la espontánea voluntad del empleado. En efecto, el D.L. 2400 de 1968 en su artículo 27 aplicable según lo dispone el artículo 8° de la Ley 153 de 1987, por no haber norma expresa al respecto en el ámbito municipal establece:

> "Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renuncias en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del Jefe del organismo la suerte del empleado".

En el caso debatido aparece de autos que si bien es cierto el día 28 de mayo de 1987 (fl. 4) el señor Barbosa Mercado dirigió al Contralor Marún Meyer nota dimisoria de su cargo como Auditor Especial de la Contraloría ante las Empresas Públicas Municipales de Cúcuta sin aducir ni reflejar coacción o carencia de voluntad para hacerlo, casi simultáneamente, es decir, el día 29 de mayo (fls. 5 y 6) el accionante le dijo expresamente al Contralor que se dirigía a él para que "... no tenga como libre y espontánea la renuncia presentada por mí ante su despacho con fecha y según oficio AF 123 de mayo 28/87", motivando a renglón seguido esa petición.

Es incuestionable, entonces, que aquí no se presentó renuncia, puesto que en el breve lapso de un día el dimitente manifestó que en verdad su primera decisión de retirarse del cargo, no era voluntaria y por tanto solicitaba no le fuera aceptada la renuncia.

Así las cosas, es evidente que el acto que aceptó esa renuncia inicialmente presentada adolece de falsa motivación y es, de consiguiente, nulo. En efecto, el 30 de mayo de 1987, cuando se produjo la Resolución de aceptación ya no existía porque, como se ha visto, el día anterior, 29 de mayo, el signatario de la nota inicial pidió expresamente que no se la tuviera en cuenta.

En el momento de aceptar la renuncia por medio del acto controvertido, la administración ya conocía el retiro de la renuncia; luego se pronunció a sabiendas sobre un supuesto falso.

El ataque central de la demanda, es la carencia de voluntad libre del dimitente para hacer dejación del cargo; y hacia la misma argumentación fundamental se dirige el concepto fiscal, adoptado por el Tribunal como base principal para su decisión. Ante esto, dirá la Sala que el acto acusado es nulo, simplemente porque contiene falsa motivación pues en últimas se aceptó una renuncia que había sido retirada.

De otra parte, en la sentencia apelada se accedió también a declarar la nulidad de la Resolución 0299 de mayo 30 de 1987, por medio de la cual se promovió al señor Omar Pérez Gaviria al cargo de Auditor Especial ante las Empresas Públicas Municipales de Cúcuta, en reemplazo del demandante.

Sobre esta decisión, que la Sala revocará, hay que advertir que no existe razón ninguna para anular el acto de nombramiento del Doctor Omar Pérez Gaviria, dado que en el libelo no se concreta acusación alguna en su contra, y esta jurisdicción es rogada.

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

## FALLA:

1. Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 7 de octubre de 1988, solo en cuanto declaró la nulidad de la Resolución No. 0298 de 30 de mayo de 1987, expedida por el Contralor Municipal de Cúcuta y dispuso el restablecimiento del derecho del señor Rafael Barbosa Mercado.

2. Revócase la misma sentencia en cuanto declaró la nulidad de la Resolución No. 0299 de 30 de mayo de 1987, dictada por el Contralor Municipal de Cúcuta.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, declare el expediente al Tribunal de Origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 2 de febrero de 1990.

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

*Miguel Antonio Perilla P.*, Secretario.

**PERSONAL MILITAR** - Retiro

**Supuesto el requisito de que el militar tenga cumplidos quince años de actividad, puede ser llamado a calificar servicios sin que constituya óbice el que previamente haya solicitado el retiro por propia decisión.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.*- Bogotá, D.E., quince (15) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 1072 Reconstrucción - Unica instancia. Actor: Guillermo Antonio Uribe Peláez.

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción denominada entonces de "plena jurisdicción", el señor Vicealmirante (R) GUILLERMO ANTONIO URIBE PELAEZ demandó la nulidad del Decreto 3214 del 12 de noviembre de 1982 en cuanto, por llamamiento a calificar servicios, el Gobierno lo retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares, en forma temporal con pase a la reserva.

Hace consistir el actor su restablecimiento del derecho en el reintegro al servicio activo en la Armada Nacional, "considerando para todos los efectos legales que ha permanecido en actividad", y en el pago de "los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, etc., desde la fecha en que fue separado del servicio hasta aquella en que efectivamente sea reintegrado al mismo".

Igualmente impetra se condene a la Nación al pago del "equivalente en pesos de la fecha de mil gramos de oro-fino como indemnización del daño moral causado con el acto acusado".

En los hechos de la demanda, tras destacar su brillante carrera militar, los importantes cargos desempeñados y las condecoraciones y demás distinciones recibidas durante sus treinta años de servicio, narra que, a raíz de la denuncia presentada por el Capitán de Navío PEDRO JOSE GUTIERREZ HELO, se inició investigación administrativa contra oficiales de la Armada vinculados a la sociedad comercial "OXIGENO OPTIMO 02 LTDA", "en la cual sólo se le formuló una pregunta de importancia mínima al Vicealmirante URIBE PELAEZ, investigación que terminó con la certeza de que nada doloso había en la actuación de los señores oficiales acudos (sic).

También afirma que el 25 de octubre de 1982 "formuló al señor Presidente de la República y por el debido conducto regular su solicitud de retiro del Servicio Activo como Oficial de Insignia de la Armada Nacional, a voluntad propia", y que "esta solicitud se formulaba para facilitar al Gobierno Nacional la solución al escándalo que malintencionadas publicaciones de prensa pretendían tomar como consecuencia de las acusaciones formuladas por el Capitán GUTIERREZ HELO".

Del Decreto acusado dice el actor que fue expedido con falsa motivación y con desviación de poder y que violó el preámbulo de la Constitución Nacional y sus artículos 2°, 16, 20, 30, 51, 62, 120.5, 120.6, 166 y 167 asi como los artículos 105, 107, 108 y 109 del Decreto 612 de 1977 y el artículo 8° numeral 3° del Decreto 2260 de 1973. (fls. 1 a 6).

El apoderado del demandante concreta el concepto de la violación a los siguientes aspectos de fondo:

> "Si se examinan las circunstancias en que se produjo el retiro de mi mandante, se encuentra que la justicia ha tenido desmedro y que se atentó gravemente tanto contra la honra personal como contra el honor Militar del Oficial retirado. Porque si realizada una investigación Administrativa y terminada con la conclusión de que nada doloso existía en relación con unos Oficiales de la Armada, no se entiende cómo sobre la base de más de 30 años de servicios al País y a las Fuerzas Militares, prestados con hidalguía, honradez y competencia se haya sacrificado a un gran Oficial para evitar excesos periodísticos.
>
> Si bien es indiscutible que el Gobierno tenía facultad para tomar la decisión a que se refiere esta demanda, esa facultad no puede ser ejercida en forma caprichosa o arbitraria, puesto que dentro de nuestro Estado de Derecho existen formas y procedimientos que deben ser rigurosamente observados por parte de los Administradores.
>
> Al Vicealmirante URIBE PELAEZ se le hizo grave afrenta por lo menos ante la opinión pública y además se le desconoció el derecho que poseía a

que se le retirase del Servicio por voluntad propia después de más de 30 años consagrados al servicio del País.

El artículo120 de la Constitución Nacional da al Presidente de la República la facultad para nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos Nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o Corporaciones. Y le atribuye además la de disponer de la fuerza pública y conferir grados Militares 'con las formalidades de la Ley que regule el ejercicio de esta facultad'.

De donde se infiere que la capacidad del señor Presidente de la República en el aspecto que nos preocupa puede ser discrecional, pero no caprichosa o arbitraria. La capacidad del Gobierno para ejercer actos de autoridad siempre debe ser ejercida dentro de los cauces legales y con la única preocupación del buen servicio y en pro del bien común o del interés general.

El artículo 166 de la Carta estatuye que corresponde a la Ley la determinación del sistema de reemplazos del ejército así como los ascensos, derechos y obligaciones de los Militares.

El Decreto 612 de 1977 'por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares', en su Capítulo Segundo (art. 105) define lo que es el retiro de las Fuerzas Militares, como 'la situación en que por disposición del Gobierno para Oficiales, o del Comando de la respectiva Fuerza para Suboficiales, unos y otros, sin perder su Grado Militar, cesan en la obligación de prestar servicio en actividad, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización'.

Y establece las causales de retiro, la primera de las cuales es el retiro temporal con pase a la reserva, dentro del cual existe la modalidad del retiro por solicitud propia, o la de retiro por llamamiento a calificar servicios (art. 107).

El retiro temporal en esta segunda modalidad fue el escogido por el Gobierno Nacional como lo dice claramente el acto cuya nulidad se ha pedido.

Pues bien, como se ha expresado, el señor Vicealmirante URIBE PELAEZ había solicitado con anterioridad su retiro del servicio por voluntad propia. De esta suerte no hay explicación lógica para la decisión Gubernamental de retirarlo del Servicio por 'llamamiento a calificar servicios'.

El demandante había ejercido un derecho conferido por la Ley y derecho que no le había sido discutido (art. 108). Se acudió por parte del Gobierno Nacional a la cita del artículo 109 del Decreto que se comenta para llamar a calificar servicios o por voluntad del Gobierno pero no por haber cumplido más de 15 años de servicio, sino para sortear sacrificando a distinguidísimos

Oficiales de la Armada un malintencionado escándalo periodístico montado sobre acusaciones injustas de otro oficial de la Armada.

Se ignora si se dió cumplimiento en estos casos a lo dispuesto por el artículo 8°, numeral 3° del Decreto 2260 de 1973, que se refiere a las funciones de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares". (fls. 7 - 8).

La Fiscal Quinta de la Corporación conceptúa que se deben negar las súplicas de la demanda, y al respecto expresa:

"Ahora bien, entrando al estudio del fondo del asunto, se tiene que en la demanda se controvierte el acto acusado por dos motivos principales: falsa motivación y desviación de poder.

El Decreto 3214 de 12 de noviembre de 1982 (folio 1), expedido por el señor Presidente de la República, mediante el cual fue retirado del servicio el Vicealmirante Uribe Peláez no contiene motivación , mal puede entonces tacharse de falsa una motivación que evidentemente no existe.

En cuanto a la desviación de poder, a juicio de la Fiscalía, ninguna de las pruebas traídas a los autos establecieron en el presente caso la relación de causalidad necesaria entre el acto acusado y el motivo que se aduce en la demanda como determinante del retiro por llamamiento a calificar servicios.

En efecto, de las declaraciones que aparecen a folios 38 a 47 del expediente no se desprende que hubiera existido desviación de poder al expedirse el acto acusado, no se deduce que la causa hubiera sido la vinculación del actor con la sociedad 'Oxigeno Optimo 02'.

Si bien es cierto que se adelantó investigación administrativa en relación con las actividades de tal sociedad y que el demandante tenía el carácter de socio fundador, no se ve que ese hecho hubiera sido el determinante para que se diera el retiro del servicio activo.

Más aún, en los documentos que obran a folios 34 y 35 consta que el actor no estuvo vinculado a la investigación penal adelantada por la Armada Nacional.

Igualmente a folios 87 a 88 se encuentra la comunicación de 6 de julio de 1982 mediante la cual se informa al Vicealmirante Uribe Peláez los resultados de la investigación administrativa, en la que se afirma lo siguiente:

...

Como se observa lo único que se hizo fue reconvenir al actor. Conforme a lo anotado anteriormente no se ha probado la desviación de poder.

En cuanto a la falta de cumplimiento del requisito exigido en el numeral 3° del artículo 8° del Decreto 2260 de 1973, esto es, haber puesto a consideración de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa el retiro del Vicealmirante Uribe Peláez, en opinión de este Despacho tal omisión no hace anulable el acto acusado, ya que existe plena justificación expresada en el oficio No. 5805 de 11 de octubre de 1983 suscrito por el Señor Secretario General del Ministerio de Defensa que dice:

'...el señor Vicealmirante (r) Guillermo Uribe Peláez, ocupaba dentro de la Jerarquía de las Fuerzas Militares, atendiendo a su grado y antiguedad, uno de los primeros puestos dentro del escalafón de Oficiales, lo que hacía difícil, que Oficiales Generales y de Insignia, de menor graduación, y antiguedad que la suya, hubieran podido recomendar alguna acción en su oportunidad. En estas condiciones, su retiro no fue llevado a consideración de la Junta Asesora, situación que se presenta en algunos casos como el aquí expuesto, por lo que la propuesta de retiro, queda a criterio del señor Comandante de la respectiva Fuerza o del señor Ministro de Defensa, pero en últimas, como se sabe, para decisión del señor Presidente de la República...' (fol. 37).

Respecto a la solicitud de retiro voluntario, que según se dice en la demanda presentó el actor el 25 de octubre de 1982, pero que no obra en este expediente reconstruido, no resulta acertado afirmar que se desconoció el derecho consagrado en el artículo 108 del Decreto 612 de 1977, pues efectivamente presentó su solicitud, situación diferente es que el Gobierno Nacional con base en su facultad discrecional haya decidido el retiro por llamamiento a calificar servicios y no por solicitud hecha, y de conformidad con lo que dispone el artículo 107, literal a), numeral 2° del Decreto 612 de 1977.

Así las cosas, a juicio de este Despacho, se observa que lo que hizo el señor Presidente de la República fue ejercitar con plena competencia su facultad de retirar del servicio activo de la Armada Nacional al demandante". (fls. 176 - 180).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

## CONSIDERACIONES:

1. La demanda fue presentada durante la vigencia del Código anterior (Ley 167 de 1941) y en ella se expresa que "la acción ejercitada es la de plena jurisdicción que contempla el art. 67 del C.C.A." (fol. 6). Del contexto del libelo

es fácil advertir que efectivamente esa es la acción instaurada, pues se busca la nulidad de un acto administrativo y el consiguiente restablecimiento del derecho, pese a que, además de ésto, el actor impetra la indemnización del daño moral; ésta no es deducible juntamente con la del **precitado** artículo 67, dado que la acción indemnizatoria es por naturaleza autónoma y tiene su raíz en presupuestos diferentes.

Sin embargo, la pretensión indemnizatoria no desnaturaliza la acción propuesta y, por lo mismo, no alcanza a viciar de ineptitud sustantiva la demanda en forma que impida una decisión de fondo, como lo afirma la parte demandada en su alegato de conclusión.

En tal virtud, la Sala procede al estudio a fondo del *sub-lite*, a fin de establecer si los reparos que el actor hace al acto acusado de haber sido expedido "con una falsa motivación y con desviación de poder", son una realidad que, por ser perceptible en el expediente, desvirtúe la presunción de legalidad del decreto enjuiciado.

2. Lo que objetivamente se observa en el *sub-lite* es que el acto acusado produjo la situación o efectos queridos por el actor, esto es, el retiro del servicio activo en forma temporal y con pase a la reserva. La inconformidad del Oficial demandante radica en que este retiro ha debido ser por la causal consagrada en el numeral 1° del literal a) del artículo 107 del Decreto 0612 de 1977 y no por la contemplada en el numeral 2° de ese mismo literal.

La norma en cita es, en lo pertinente, del siguiente tenor:

> "***Causales de retiro***. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación: a) Retiro temporal con pase a la reserva: 1. Por solicitud propia. 2. Por llamamiento a calificar servicios.
>
> ...".

Dado que ambas causales conducen a un mismo resultado, corresponde definir si el Gobierno ha debido acatar la voluntad del accionante en su solicitud de retiro o, por el contrario, tenía facultad legal para disponer la separación del servicio activo con pase a la reserva, "**por llamamiento a calificar servicios**".

En los términos del artículo 108 del referido Decreto 0612 "los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares podrán solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo, el cual se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad, a juicio de la autoridad competente".

De otra parte, el artículo 109 *ibídem* prescribe:

"Los oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o del Comando de la respectiva Fuerza, según el caso, después de haber cumplido quince (15) años o más de servicio, salvo lo dispuesto en el artículo 118".

Aunque no se allegó al proceso reconstruido el texto de "la solicitud de retiro del Servicio Activo como Oficial de Insignia de la Armada Nacional a voluntad propia" que formulara el demandante al señor Presidente de la República el 25 de octubre de 1982, sin embargo, por haber sido uno de los anexos de la demanda (folio 10) y por cuanto el hecho no fue controvertido por la parte demandada, es asunto que se da por establecido en el *sub-judice*.

3. Fácil es advertir que, según los términos del artículo 109 del Decreto 612 de 1977, tanto los Oficiales como los Suboficiales pueden ser llamados a calificar servicios o retirados por voluntad del Gobierno o del Comando de la Respectiva Fuerza después de haber cumplido quince años de servicios.

No trae la norma expresión alguna que signifique una limitación a la facultad discrecional allí prevista, salvo la referencia al artículo 118, que trata del llamamiento especial que pueden hacer el Gobierno o los Comandos de Fuerza para que se reintegren al servicio activo oficiales y suboficiales retirados en forma temporal "cuando lo juzguen necesario para fines de entrenamiento, o por movilización total o parcial, o por necesidades del servicio".

Así pues, supuesto el requisito de que el militar tenga cumplidos quince años de actividad, puede ser llamado a calificar servicios sin que constituya óbice el que previamente haya solicitado el retiro por propia decisión.

4. Hay referencia en la demanda a una investigación promovida en febrero de 1982 por el Capitán de Navío Pedro José Gutiérrez Helo por estimar que los socios de "Oxígeno Optimo 02 Ltda.", entre quienes figuraba el actor, "estaban incurriendo en actividades delictuosas. ...Investigación que terminó con la certeza de que nada doloso había en la actuación de los señores Oficiales acusados".

Supone el actor que la facultad legal fue ejercida por el Gobierno teniendo por motivación "la de evitar un prefabricado escándalo periodístico", pues "no había razones importantes que exigiesen el llamamiento a calificar servicios previstos en el artículo 109 del mismo decreto". (fls. 4 - 6).

Esta alegada motivación no encuentra respaldo en los autos. Hay constancia, en cambio, de que al proceso penal no fue vinculado el demandante.

A folio 34 obra la certificación del Juez de Primera Instancia de que "a la mencionada investigación no estuvo ni está vinculado el señor Vicealmirante (r) GUILLERMO URIBE PELAEZ, ni tampoco fue llamado a declarar". En los mismos términos certifica el Secretario del Tribunal Superior Militar, quien aclara que la Corporación confirmó el auto "por medio del cual sobreseyó definitivamente en favor de los citados Oficiales". (fol. 35).

Constancia hay también de que el retiro del demandante "no fue llevado a consideración de la Junta Asesora" del Ministerio de Defensa Nacional (fols. 37 y 111) y de que "fue retirado del servicio activo en ejercicio de la facultad de que dispone el Gobierno Nacional para llamar a calificar servicios al personal militar" (fols. 40 y 114; 42 y 109).

De otra parte, según el documento de folio 87, la investigación administrativa ordenada por el Comando General de las Fuerzas Militares en relación con las actividades de la sociedad OXIGENO OPTIMO 02 LTDA, culminó "sin encontrarse mérito para adelantar acción penal alguna" y con una simple reconvención para el accionante.

Se trata del Oficio No. 060835 R/CO ARC- 747 de julio de 1982 en que el Vicealmirante HECTOR CALDERON SALAZAR, Comandante de la Armada Nacional, se dirige al Vicealmirante Guillermo Uribe Peláez en los siguientes términos:

> "Por medio del presente y con la consideración debida a su investidura, me permito informar al señor Vicealmirante que la investigación administrativa ordenada por el Comando General de las Fuerzas Militares, a solicitud de este Comando, en relación con las actividades de la sociedad OXIGENO OPTIMO 02 LTDA., de la cual el señor Vicealmirante fue socio, ha sido perfeccionada sin encontrarse mérito para adelantar acción penal alguna".

Se puntualiza allí mismo que el demandante, quien había sido socio fundador de la citada empresa, "al ser nombrado Segundo Comandante de la Armada, vendió sus acciones y se retiró de la sociedad" y que, si bien los socios fundadores "obtuvieron beneficios de la firma FERROSTAAL con la consecución de un crédito para la sociedad que constituyeron", la actuación de estos Oficiales en ningún momento constituyó "factor determinante o decisivo en la adjudicación de los contratos a la firma FERROSTAAL, pues ellos se celebraron con base en las decisiones tomadas a los más altos niveles del Gobierno Nacional".

Se censura al actor solamente "la **destinación** del Capitán de Navío ANTONIO LABORDE como miembro de la Comisión Inspectora de Material Naval, socio fundador de OXIGENO OPTIMO 02 LTDA., siendo Segundo

Comandante de la Armada el señor Vicealmirante GUILLERMO URIBE PELAEZ. ...puesto que estos hechos han debido ponerse en conocimiento del Comando de la Armada, para salvaguardiar los más estrictos principios de **ética** profesional".

No aparece definido que exista nexo causal entre las investigaciones penal y administrativa y el llamamiento a calificar servicios.

El documento que se acaba de citar es claro al señalar que la investigación administrativa se perfeccionó "sin encontrarse mérito para adelantar acción penal alguna", lo que guarda armonía con la afirmación que se lee en la demanda de que la investigación administrativa "terminó con la certeza de que nada doloso había en la actuación de los señores Oficiales acusados". (Hecho 7°, fol. 5).

La Sala estima, en conclusión, que ninguno de los dos conceptos de violación alegados se configura en el *sub-lite*: si el acto enjuiciado carece de motivación, no puede tildársele de falsamente motivado; si no aparece establecido que los hechos narrados hayan tenido incidencia sobre la decisión administrativa, la pretendida desviación de poder resulta infundada.

Presupuestas tales circunstancias, resulta imperioso desestimar las pretensiones de la demanda.

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

**FALLA:**

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 2 de febrero de 1990.

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

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

**DEMANDA** - Inadmisión/ **ACCION DE NULIDAD/ CONTENCIOSO OBJETIVO PROPIO/ CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO**

**La acción pública de nulidad, tiene dos modalidades: contencioso objetivo propio, encaminada a impetrar la nulidad de un acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales, impersonales u objetivas, o la nulidad de actos condiciones que colocan a una persona dentro de una situación reglamentaria, considerada de interés general para la colectividad; y el contencioso objetivo impropio encaminado a impetrar la nulidad de un acto creador de una situación jurídica particular, siempre que no persiga el restablecimiento del derecho o que éste no surja como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto.**

**El proceso promovido no se halla dentro de los presupuestos anotados, pues de prosperar las peticiones de la demanda habría restablecimiento del derecho.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.-* Bogotá, D.E., veintidos (22) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4707. Autoridades Nacionales. Actor: RICARDO DIAZ CARDENAS.

**SALA DE DECISION:**

Por auto de 1o., de diciembre de 1989, del cual fue ponente la Consejera doctora Clara Forero de Castro se inadmitió la demanda que en acción pública

de nulidad instauró en su propio nombre RICARDO DIAZ CARDENAS contra las decisiones de 19 de mayo de 1987 y 1o., de septiembre de 1989, proferidas por el señor Procurador General de la Nación y la Resolución No. 002 de 3 de junio de 1987, proferida por el Consejo Municipal de Girardot.

Por el primero de los actos administrativos mencionados se sancionó al demandante con solicitud de destitución como Personero Municipal de Girardot; por el segundo de los mismos, se negó la revocatoria directa del primero; y por último, se hizo efectiva, por parte del Concejo Municipal de Girardot, la sanción solicitada, aunque simbólicamente, por no hallarse el actor en el desempeño del cargo aludido.

Para inadmitirse la demanda, se dice en el auto, entre otras cosas, las siguientes:

> "Se trata entonces de actos de carácter particular o subjetivo que efectuaron directamente al señor Ricardo Díaz Cárdenas y por tanto la acción procedente contra ellos es la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A.
>
> 3. Dicha acción debe intentarse por el interesado en el término de 4 meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución de los actos demandados.
>
> El acto por medio del cual el señor Procurador General de la Nación solicitó al Concejo Municipal de Girardot la destitución del señor Ricardo Díaz Cárdenas, se cumplió o ejecutó mediante Resolución No. 002 de 3 de junio de 1987. En consecuencia, cuando se presentó la demanda -4 de octubre de 1989– la acción estaba mas que caducada.
>
> 4. Se demanda también la Resolución de 1o., de septiembre de 1989, por la cual el señor Procurador General de la Nación resolvió la petición de revocación directa formulada por el señor Ricardo Díaz Cárdenas el 30 de junio de 1989, y no accedió a revocar la decisión de 19 de mayo de 1987.
>
> Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 72 del C.C.A., ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas.
>
> En consecuencia, no puede pretenderse, a través de ese último acto que no es demandable puesto que no crea situaciones nuevas, revivir el término para iniciar una acción ya caducada".

Contra el auto en comentario el demandante interpone recurso ordinario de súplica con las siguientes argumentaciones:

"3. La ponente Magistrada Doctora CLARA ALBA FORERO DE CASTRO mediante auto interlocutorio inadmitió la demanda considerando de que la acción se encontraba caducada porque ya habían pasado cuatro (4) meses después de quedar ejecutoriada la resolución demandada.

4. En realidad el suscrito formuló acción de nulidad contra la Resolución proferida por el Procurador General de la Nación y no formuló acción del restablecimiento del Derecho que es una acción diferente.

5. La acción de nulidad como dice el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir.

6. De acuerdo a lo anterior no está caducada la acción que formuló porque dicha acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo.

En ningún momento el suscrito solicitó la acción de restablecimiento del Derecho como se puede observar".

**SE CONSIDERA:**

La acción pública de nulidad, tiene dos modalidades que se han denominado: contencioso objetivo propio, encaminada a impetrar la nulidad de un acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales, impersonales u objetivas, o la nulidad de actos condiciones que colocan a una persona dentro de una situación reglamentaria, considerada de interés general para la colectividad; y el contencioso objetivo impropio encaminado a impetrar la nulidad de un acto creador de una situación jurídica particular, siempre que no persiga restablecimiento del derecho o que éste no surja como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto.

El proceso promovido por el señor Ricardo Díaz Cárdenas no se halla dentro de los presupuestos anotados, dado que, en el caso de prosperar las peticiones de la demanda y que, en consecuencia de ello, se anulen los actos impugnados, lógica y automáticamente habría un restablecimiento del derecho obvio, que si bien no consistiría en reintegrarlo al cargo de personero municipal de Girardot, puesto que ya había cesado desde antes en el mencionado empleo, sí consistiría en borrar o suprimir de la División de Registro y Control de la Procuraduría General el antecedente disciplinario, como consecuencia de la sanción impuesta, como así se solicita, por demás, en la petición cuarta del libelo.

Sobre el quebrantamiento de la legalidad en esas modalidades se ha expresado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

> "En este evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico, y sólo afecta directa o inmediatamente a determinada persona. Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento autómatico de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley".

Por las razones anteriores y habida cuenta además, que la demanda se presentó por fuera del término establecido en la ley, es decir, después de transcurridos cuatro meses, el auto impugnado habrá de confirmarse.

En mérito de lo expuesto la Sección Segunda, en Sala de Decisión.

**RESUELVE:**

Corfirmarse el auto suplicado de 1o. de diciembre de 1989.

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de febrero de 1990.

*Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

**CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR** - Provisión de cargos/ **CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR** - Calificación/ **CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR** - Período de prueba/ **INSUBSISTENCIA**

**Donde haya estatuto de carrera la provisión de cargos deberá hacerse con personal escalafonado; excepcionalmente y a falta de elegibles dentro de la carrera, la ley autoriza nombramientos provisionales. La discrecionalidad para nombrar la mitad de los cargos de segundos o terceros secretarios no puede ser autorizada mediante Decreto Reglamentario.**

**El término de tres meses concedido en el Decreto 1745 de 1983, art. 12, para hacer calificación, excede el fijado por el art. 25 del Decreto 2016 de 1968, en el cual la calificación de cursos, de comportamiento, de eficiencia debe hacerse de manera que coincida con su finalización. El adicional de tres meses por no estar previsto en la ley debe ser anulado.**

**El Decreto 2016 de 1968 no consagraba la discrecionalidad para remover a quienes hubieran sido nombrados en períodos de prueba por haber superado un concurso.**

*DECLARASE LA NULIDAD de las siguientes normas del Decreto 1745 de 1983 del Gobierno Nacional: el parágrafo del artículo 5o*; el artículo 10; la frase "Dentro de los tres meses siguientes" contenida en el artículo 12; el artículo 14; la frase "... este término se contará a partir de la fecha en que se inicie la investigación", contenida en el artículo 100.

**CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR** - Funcionarios. Disponibilidad

**La disponibilidad es una situación administrativa prevista especialmente para los funcionarios de la carrera diplomática y consular en los arts. 58 a 63 del Decreto 2016 de 1968.**

**La figura de la disponibilidad presupone no desempeñar cargos remunerados en el servicio público; en esta situación se colocan los funcionarios de la carrera diplomática y consular voluntariamente, pues sólo se decreta a solicitud del interesado; dicha situación tiene un término y vencido éste el funcionario debe reintegrarse al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores; y si no lo hace se presume su renuncia.**

*DECLARASE LA NULIDAD del parágrafo del art. 5°*, art. 12, la frase que dice: dentro de los 3 meses siguientes", art. 14; art. 100, la frase "este término se contará a partir de la fecha en que se inicie la investigación" del Decreto 1745 de 1983.

**CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR** - Funcionarios/ **PROCESO DISCIPLINARIO** - Descargos

**No habiendo previsto el Decreto 2016 de 1968 trámite concreto para adelantar los procesos disciplinarios contra los funcionarios del servicio diplomático y consular, lo pertinente es que tales procesos se rijan por las normas generales sobre la materia. Cuando se expidió el Decreto 1745 de 1983 reglamentaba el proceso disciplinario adelantado en la entidad nominadora, el Decreto 1950 de 1973, arts. 149 y siguientes.**

**El plazo para adelantar y perfeccionar un proceso disciplinario es en la ley muy superior a 8 días, ya que el que se concede para perfeccionar la investigación es de 30 días; luego hay 5 días para formular los cargos y 8 para responderlos. Obviamente no se pueden responder los cargos sin conocerlos, por eso es lógico que el plazo de 8 días comience a contarse una vez que éstos se formulen.**

*DECLARASE LA NULIDAD del parágrafo del art. 5°.*, art. 12, la frase que dice: dentro de los 3 meses siguientes", art. 14; art. 100, la frase "este término se contará a partir de la fecha en que se inicie la investigación" del Decreto 1745 de 1983.

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.*- Bogotá, D.E. veintitres (23) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejera ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 2240. Decretos del Gobierno. Actor: José Antonio Pedraza Picón.

El Doctor José A. Pedraza Picón, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita la nulidad de los artículos 1°, 2°, 4°, Literal e), 5°, 8°, 9°, 10, 11, 12, 13, 14, 18, 19 literal b), 46 literal e), 60, 100, 115; del artículo 18 la expresión "y en este reglamento", y del artículo 19 el vocablo "mínimo", del Decreto 1745 de 1983.

Posteriormente, y antes de que se profiriera auto admisorio, se adicionó la demanda para solicitar la nulidad y suspensión provisional de los artículos 87 y 106 de dicho Decreto 1745 de 1983.

Esta adición no fue admitida; y habiendo quedado en firme tal determinación, el juzgamiento debe circunscribirse a las normas inicialmente acusadas.

Como disposiciones violadas el demandante indicó las siguientes: los artículos 55, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 118.8, 120.3, 76.1 de la C.N.; los artículos 17, 23, 69, 109, 24, 25, 36, 39, 48 del Decreto 2016 de 1968; el artículo 5o del Decreto 2525 Bis de 1968 y los artículos 18 y 19 de la Ley 25 de 1974.

En el concepto de la violación expresa el accionante que hubo exceso en la potestad reglamentaria y por ende infracción del artículo 120 ordinal 3° de la C.N., puesto que al expedir el Decreto 1745 de 1983 el Gobierno legisló so pretexto de reglamentar el Decreto 2016 de 1968.

Luego hace un análisis de cada una de las normas acusadas, frente a aquellas que considera infringidas.

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación en su concepto de fondo opina que debe prosperar la petición de nulidad de las siguientes disposiciones: el parágrafo del artículo 5° y el artículo 10 en cuanto el Decreto Reglamentario reserva al nominador un determinado porcentaje de discrecionalidad para hacer algunos nombramientos. El artículo 12 porque prorroga en 3 meses más el término que la norma reglamentada señala para calificar a los empleados en período de prueba en orden a su inscripción en el Escalafón. El literal d) del artículo 46, porque establece otra causal de retiro relacionada con la disponibilidad, excede la potestad reglamentaria y viola el artículo 17 de la C.N., pues priva a las personas del derecho a cualquier ingreso laboral mientras se encuentren en situación de disponibilidad.

Del artículo 100 la frase: "este término se contará a partir de la fecha en que se inicie la investigación", porque cambia el de 8 días fijado a partir de la fecha de notificación para presentar descargos, según los artículos 18 y 19 de la

Ley 25 de 1974, haciendo más precaria la posibilidad de defensa y violando el artículo 26 de la Constitución.

No observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir mediante las siguientes

## CONSIDERACIONES:

Para mayor claridad, analizará la Sala uno por uno los artículos demandados, a la luz de las disposiciones que se indican como violadas, así:

> ***artículo 1°*, del Decreto 1745 de 1983; la siguiente frase**: "en lo no previsto en estas disposiciones se aplicará el régimen general de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva a nivel Nacional".

Afirmar el actor que esta frase viola el artículo 109 del Decreto 2016 de 1968; el 69 del Decreto 2017 de 1968, orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores y los artículos 55 y 118.8 de la C.N., porque así se extiende el alcance del poder reglamentario para incorporar en lo que es ley especial, la generalidad de los regímenes, cuando el artículo 109 del Decreto 2016 de 1968 fija su extensión de manera precisa y concreta señalando que es aplicable a los funcionarios del servicio exterior y del Ministerio de Relaciones Exteriores aunque no pertenecieren a la carrera diplomática y consular.

Estima la Sala que la frase acusada no contraría ninguna de las normas citadas.

Un Decreto Reglamentario desarrolla la ley a fin de permitir su aplicación práctica y por tanto no debe contener disposiciones que excedan la ley reglamentada. Por tanto al prescribir que en lo no previsto en el Decreto Reglamentario se aplicará el régimen general de los empleados de la Rama Ejecutiva del poder público, no se está agregando ninguna nueva disposición a la ley ni contrariando el artículo 109 citado, el cual indica qué funcionarios se rigen por el Decreto 2016 de 1968.

Es apenas natural que en lo no previsto en estatutos especiales, que son de preferente aplicación, rijan las normas generales. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887. Además, perteneciendo los funcionarios del servicio exterior y los del Ministerio de Relaciones Exteriores a la Rama Ejecutiva del poder público, nada tiene de extraño que a falta de norma especial, se les aplique el estatuto general dictado para quienes prestan sus servicios en esa rama del poder público.

Tampoco encuentra la Sala violación del artículo 69 del Decreto 2017 de 1968, orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores, que se refiera al régimen disciplinario aplicable, remitiendo expresamente a las disposiciones legales pertinentes de carácter general, pues esta norma mas bien confirma la legalidad de la frase acusada. Y en cuanto al artículo 55 de la Constitución, no puede afirmarse que se vulnere el principio de separación de los poderes públicos que esta norma consagra. Ni el ordinal 8o de 118 que se refiere a decretos con fuerza legislativa. En el libelo no se explica en qué forma puede configurarse esta violación.

En consecuencia, no prospera la petición de nulidad de este artículo.

"***artículo 2°***. **Parágrafo**:

"El Instituto Colombiano de Estudios Internacionales deberá mantener informada a la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, acerca de las convocatorias y resultados de los concursos que efectúe".

Afirma el demandante que este parágrafo viola el artículo 17 del Decreto 2016 de 1968 en dos aspectos: porque al remitir el concurso al Instituto Colombiano de Estudios Internacionales elimina la participación de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores que está ordenada en el artículo 17 del Decreto 2016 de 1968; y porque le señala función diferente al Instituto Colombiano de Estudios Internacionales, como es la de mantener informada a la Comisión Asesora de Relaciones Internacionales acerca de la convocatoria y resultados de los concursos, quedando ésta por fuera del área de ejecución.

El artículo 17 del Decreto 2016 de 1968 que se cita como infringido dispone que el ingreso a la carrera diplomática y consular se haga invariablemente por concurso que será reglamentado y efectuado por el Instituto Colombiano de Estudios Internacionales, con intervención de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores.

A su vez el artículo 2° del Decreto 1745 de 1983, reglamentario, dispone también que el ingreso a la carrera se haga por concurso efectuado por el Instituto Colombiano de Estudios Internacionales.

La obligación de mantener informada a la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores es función que encaja perfectamente dentro del proceso de realización de los concursos y no implica exclusión de ésta; precisamente para que pueda intervenir como lo prevé el artículo 17 citado, debe ser informada cada vez que se haga una convocatoria y se efectúe un concurso, pues de ignorar estos hechos se haría imposible su intervención.

Por tanto, no considera la Sala que esta disposición infrinja el artículo 17 del Decreto 2016 de 1968 ni que se haya extralimitado la potestad reglamentaria.

***Literal e) del artículo 4º.***

"El proceso de selección comprende: e) Elaboración de lista de elegibles".

Argumenta el actor que en esta forma se está legislando porque el artículo 23 del Decreto 2016 de 1968 no admite lista de elegibles sino que se refiere a los concursantes una vez que rindan las pruebas de rigor, los cuales serán clasificados por orden de méritos teniendo en cuenta las calificaciones obtenidas para el nombramiento y no para que puedan ser elegibles.

Obviamente en todo concurso se hace la evaluación de sus resultados y con base en ellos una clasificación por orden de méritos que será utilizada para el nombramiento en los cargos disponibles. Así lo prevé el artículo 23 del Decreto 2016 de 1968.

Esa clasificación por orden de méritos no es otra que la lista de elegibles, conformada por quienes superaron el concurso y de acuerdo a los puntajes obtenidos por cada uno de los concursantes.

De esa lista deben ser escogidas las personas que se nombren cuando haya cargos disponibles y ello está en perfecto acuerdo con los principios que informan la carrera diplomática y consular y cualquiera otra.

Como el número de aspirantes que aprueban un concurso es con frecuencia superior al de cargos por proveer, se escogerá por orden de méritos o de puntaje, es decir de la lista elaborada con tal criterio.

No hay entonces extralimitación alguna en el literal e) acusado.

***Artículo 5º* Parágrafo.**

"A los aspirantes se les deberá advertir acerca de la facultad que de conformidad con el artículo 10 del presente Decreto, tiene la autoridad nominadora para proveer sin sujeción a la lista de elegibles algunos de los cargos de segundos o terceros secretarios".

***Artículo 10.***

"Al menos la mitad de los nombramientos que para las categorías de segundos o terceros secretarios se produzcan durante la vigencia de la lista de elegibles, deberá hacerse con personas pertenecientes a ella".

Según el accionante se violan con estas dos disposiciones los artículos 17, 23, 24 y 25 del Decreto 2016 de 1968, por cuanto sustituyen lo que es obligación de nombrar, por facultad de elegir y proveer discrecionalmente.

Estas normas son en verdad contrarias a los artículos citados puesto que de su texto se desprende que el ingreso al servicio del Ministerio debe hacerse dentro de la carrera diplomática y consular, es decir debe nombrarse a quienes forman parte de la lista de elegibles por haber superado el respectivo concurso.

En donde quiera que haya estatuto de carrera, la provisión de cargos debe hacerse con personal escalafonado; excepcionalmente, y a falta de elegibles dentro de la carrera, la ley autoriza nombramientos provisionales.

Por tanto la discrecionalidad para nombrar la mitad de los cargos de segundos o terceros secretarios no puede ser autorizada mediante decreto reglamentario. Al disponerlo así, tanto el parágrafo del artículo 5° como el artículo 10 del Decreto 1745 de 1983 se incurrió en exceso en la potestad reglamentaria.

*Artículo 8°.*

"La entrevista la practicará un comité conformado por el Ministro de Relaciones Exteriores o su delegado, el Director del Instituto de Estudios Internacionales y el Jefe de la Oficina de Planeación del Ministerio y por el delegado de la Comisión de personal de la carrera".

Dice el demandante que esta disposición viola los artículos 17, 22, 23 y 24 del Decreto 2016 de 1968 en cuanto regula una entrevista hecha por un Comité Extralegal conformado por el Ministro de Relaciones Exteriores o por su delegado y se introduce al Jefe de la Oficina de Planeación, cuando esto no se contempla en ninguno de los citados artículos del Decreto 2016.

Anota la Sala a este respecto, que el actor ni siquiera controvierte la entrevista dentro del proceso de selección de aspirantes a ingreso a la carrera diplomática y consular. Se muestra inconforme únicamente con la conformación del Cómite que la realiza.

Generalmente, los diferentes medios de evaluación de méritos y la puesta en práctica de los mismos son cuestiones de las cuales no se ocupa la ley que regula la carrera, pues corresponde precisamente al reglamento, puntualizar los detalles que hagan posible la calificación de los concursantes.

Ninguno de los artículos invocados menciona la práctica de entrevistas ni integra al cómite que deba hacerlas; en consecuencia, mal pueden resultar transgredidos por el artículo 8° del Decreto reglamentario.

*Artículo 9º.*

"El Director del Instituto Colombiano de Estudios Internacionales por riguroso orden de mérito, de acuerdo con las calificaciones obtenidas por quienes hayan aprobado la entrevista, elaborará una lista de elegibles que se comunicará al Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro del mes siguiente a la fecha de realización de la última entrevista".

El concepto de violación de los artículos 17, inciso 1o 23, 24 y 25 del Decreto 2016 de 1968, expresa lo siguiente: "Es nulo el artículo 9o en cuanto la locución "elaborará una lista de elegibles" ya que esta lista es de los concursantes que previa aprobación de las calificaciones y clasificaciones fuerza su nombramiento. ..."

Como puede observarse, poco dice este concepto en cuanto a las razones de la pretendida infracción.

La Sala ya se pronunció sobre la legalidad de la elaboración de una lista de elegibles dado que es el medio para hacer la clasificación por orden de méritos. Es obvio que dicha lista estará conformada por quienes aprueben el concurso y según el mayor o menor puntaje obtenido. En consecuencia no se presenta aquí violación de las normas superiores citadas.

*Artículo 11.*

"Durante el período de prueba los empleados deberán aprobar los cursos que para el efecto organice el Instituto Colombiano de Estudios Internacionales".

Dice el demandante que esta disposición es violatoria del artículo 24 del Decreto 2016 de 1968 porque ordena que durante el período de prueba deben los empleados nombrados como consecuencia del concurso, aprobar cursos que organiza el Instituto Colombiano de Estudios Internacionales, y el artículo 24 no contiene tal condición para el funcionario a prueba.

Prescribe el artículo 24 que se invoca como violado, que los concursantes admitidos serán nombrados en período de prueba de 1 año, en los cargos para cuya provisión se haya verificado el concurso; y si al final de ese período llenaren los requisitos establecidos en el artículo 25, serán inscritos en el escalafón.

¿Y cuáles son esos requisitos indicados en el artículo 25? pues justamente uno de ellos consiste en superar los cursos adelantados por el empleado en el Instituto Colombiano de Estudios Internacionales.

Queda claro así, que el artículo 11 del Decreto 1745 de 1983 no infringe el 24 del Decreto 2016 de 1968 pues simplemente dispone el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 25 del mismo estatuto.

*Artículo 12.*

"Dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del período de prueba la Comisión de Personal de la Carrera evaluará tanto la eficiencia académica del empleado en los cursos a que se refiere el artículo anterior, como su comportamiento y eficiencia laboral".

Se tacha esta norma, no porque contemple evaluación del resultado de los cursos previstos en el artículo 11 estudiado anteriormente, sino porque, a juicio del demandante, prorroga en tres meses el término que señala el artículo 25 del Decreto 2016 de 1968 para la evaluación del nominado, lo cual acarrea perjuicios para futuros ascensos.

En verdad el artículo 25 del Decreto 2016 prevé que al finalizar el primer año, es decir el de prueba, se tenga ya una calificación tanto del resultado de los cursos adelantados como del comportamiento del empleado y de su eficiencia laboral.

El término de 3 meses concedido en el Decreto reglamentario para hacer dicha calificación excede en efecto el fijado por el artículo 25, en el cual la calificación de cursos, de comportamiento y de eficiencia debe hacerse de manera que coincida con su finalización. El adicional de tres meses por no estar previsto en la ley debe ser anulado, es decir, que se anula solo la frase "Dentro de los tres meses siguientes".

*Artículo 13.*

"Si las calificaciones son satisfactorias, el empleado será inscrito en el escalafón como funcionario de la carrera diplomática y consular en la categoría correspondiente".

Expresa el demandante al folio 6 "... excede el artículo 25 del Decreto 2016 de 1968 en cuanto elimina a la Comisión de Personal de la Carrera"; y folio 9 de otro concepto de violación, así:

"Así mismo el art. 13 del Decreto 1745 de 1983 que establece como causal de retiro la pérdida de una de las tres calificaciones que están ordenadas irreglamentariamente durante el período de prueba, excede las causales fijadas taxativamente por el Decreto 2525 Bis de 1968, artículo 10 y además, contraría expresamente lo que dispone el artículo 50 del Decreto 2016 de

1968, que dispone solamente una calificación anual. Lo anterior hace que dicho artículo 13 sea nulo".

Fácilmente se observa que la parte transcrita del artículo acusado no elimina la intervención de la Comisión de Personal de la Carrera en la evaluación de los resultados de los cursos que adelante el empleado en período de prueba y en la calificación de su comportamiento y eficiencia. Se limita a disponer que si esas calificaciones son satisfactorias, será inscrito en escalafón.

Es claro también que los argumentos dados al folio 9 no se refieren a ese inciso sino al tercero, que no aparece transcrito en la enumeración de las normas acusadas.

Sin embargo será examinada su legalidad a la luz de los artículos 10 del Decreto 2525 Bis de 1968 y 50 del 2016, invocados en esta capítulo del libelo.

Observa la Sala que el artículo 13 se refiere a la definición de la situación de quienes cumplen su período de prueba y no al retiro del servicio del personal nombrado en propiedad, es decir, al retiro de los ya inscritos en la Carrera, de lo cual trata precisamente el artículo 10 del Decreto 2525 Bis. En consecuencia no puede haber violación de ésta norma.

Al mencionar el último inciso del artículo 13 del Decreto reglamentario, que si alguna de las tres calificaciones de quien está en período de prueba no fuere satisfactoria se dispondrá su retiro del servicio, se está refiriendo a la calificación de los cursos que haya adelantado el empleado, a la de su comportamiento y a la de su eficiencia laboral y no a tres calificaciones en el tiempo.

"Ante una calificación no satisfactoria en cualquiera de estos aspectos, el empleado no puede ser inscrito en la Carrera y será retirado del servicio como lo ordena el artículo 25 del Decreto 2016 de 1968 al expresar" "... si no lo fuere, quedará eliminado del servicio".

Lo anterior deja en claro también, que el artículo 13, reglamentario, no toca para nada con lo regulado por el artículo 50 del 2016 que alude a la calificación de quienes ya han sido nombrados en propiedad.

Por tanto no se configura la causal de nulidad alegada.

***Artículo 14.***

"El empleado en período de prueba podrá ser removido del servicio, a juicio de la autoridad nominadora en ejercicio de la facultad discrecional".

Indica el actor que esta norma excede el artículo 24 del Decreto 2016 de 1968 pues elimina el término de prueba de un año, que es período fijo. Y al folio 9 agrega: "... porque crea una exigencia para quienes concursaron y fueron nominados durante el período de prueba, consistente en la aprobación de los cursos que para el efecto efectúe el Instituto de Estudios Internacionales. Exigir a funcionarios ya nombrados así estén dentro del período de prueba, tal requisito quebranta el artículo 25 del Decreto 2016 de 1968, porque por esta disposición ya está regulada tal evaluación, a través de calificaciones satisfactorias y no bajo otro sistema que deja al cuidado discrecional del Instituto, lo que el Decreto 2016 lo tiene remitido a la Comisión de personal de Carrera, o sea que cambia el sujeto autorizado para poner a funcionar tal clase de pruebas. Hay exceso en el poder reglamentario".

Observa la Sala en primer término que estas últimas apreciaciones nada tienen que ver con la norma acusada la cual prevé que el empleado en período de prueba podrá ser removido del servicio en ejercicio de la facultad discrecional.

Ciertamente el Decreto 2016 de 1968 no consagra la discrecionalidad para remover a quienes hubieran sido nombrados en período de prueba por haber superado un concurso.

Y si el artículo 24 les da la oportunidad de que su rendimiento sea evaluado durante un año, al final del cual ante una calificación satisfactoria deben ser inscritos en la Carrera, tales derechos no pueden ser desconocidos por norma de carácter reglamentario que consagre la libre remoción. Solamente a la ley le es permitido disponerlo.

En consecuencia estima la Sala que sí excede la potestad reglamentaria el artículo 14 del Decreto 1745 de 1983 y por tanto habrá de anularse.

***Artículo 18*, la siguiente frase:**

"... y en este reglamento", porque excede el artículo 36 del Decreto 2016 de 1968 que es el que fija las condiciones de ascenso. Además, porque el Decreto 2016 regula íntegramente la materia y de conformidad con el artículo 3o de la Ley 153 de 1887 se excluye cualquier posibilidad de reglamentación sobre ello.

El artículo 18 dispone que ningún funcionario inscrito en la Carrera Diplomática y Consular podrá ascender dentro de ella en forma distinta de la establecida en el Decreto Extraordinario 2016 de 1968 y en su Reglamentario el 1745 de 1983.

Estima el demandante que al remitir al reglamento se configura exceso en la potestad reglamentaria pues las condiciones de ascenso están íntegramente

señaladas en el Decreto Ley y por tanto no pueden ser materia de un estatuto de inferior categoría.

A juicio de la Sala, la frase demandada no está agregando condiciones para ascenso, diferentes a las establecidas en el Decreto 2016 de 1968.

Al señalar que no se podrá ascender dentro de la Carrera en forma distinta a la establecida en el Decreto 2016 y en su reglamento, debe entenderse, en las condiciones fijadas en ese Decreto Ley y en la forma de hacerlas aplicables, que es de lo que se ocupa el reglamento. La simple frase controvertida no añade nada al estatuto que se reglamentó mediante el Decreto 1745 de 1983 ni constituye exceso en la potestad reglamentaria. Por tanto no prospera la petición de nulidad.

**Artículo 19, literal b)**, la palabra "mínimo", en cuanto excede lo previsto en el artículo 39 del Decreto 2016 de 1968, que no trae este adverbio y condicione el derecho al ascenso, dándole cierta discrecionalidad a la entidad nominadora.

El mencionado artículo 19 se refiere a los requisitos para ascenso y en el literal b) Indica: "Haber prestado sus servicios en cargos de Carrera durante el tiempo mínimo exigido para ascender en la respectiva categoría".

Aún cuando el artículo 39 del Decreto 2016 de 1968 no alude a mínimos ni a máximos sino que señala períodos de servicio en determinada categoría para poder ascender a otra, el reglamento al referirse a tiempo mínimo no está modificando el establecido en la norma legal; simplemente lo está respetando, pues si el servicio en esa categoría se presta por un tiempo menor, no se reune ese requisito exigido para el ascenso.

En consecuencia, no hay lugar a la nulidad solicitada.

***Artículo 46, literal e).***

Observa la Sala que el que verdaderamente se pretende acusar no es el literal e) sino el d), pues es el que corresponde al texto transcrito en la demanda (fl. 6), así:

"D) Por renuncia tácita en el caso no reintegrarse al servicio al término de la disponibilidad o por aceptar un cargo remunerado estando en tal situación".

Afirma el actor que este literal excede lo dispuesto en los artículos 58, 59, 60, 61, 62 y 63 del Decreto 2016 de 1968 creando una condición para el funcionario disponible consistente en que no puede recibir remuneración, lo

que es contrario al artículo 17 de la Carta. Además porque adiciona el artículo 64 del Decreto 2525 Bis de 1968 (sic) y se consagra otra causal de retiro de la Carrera.

La disponibilidad es una situación administrativa prevista especialmente para los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular en los artículos 58 a 63 del Decreto 2016 de 1968.

Es definida así por el artículo 58:

"La disponibilidad es una situación en que se encuentra un funcionario de la Carrera Diplomática y Consular cuando no se halle desempeñando cargos remunerados en el servicio público y haya sido declarado en tal situación por medio de decreto".

El artículo 59 dice que será decretada a solicitud del interesado y que si fuere por más de tres meses producirá la vacante del cargo.

El 61 dispone que solo podrá ser decretada hasta por dos años, al término de los cuales el funcionario deberá reintegrarse al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, y si no lo hace se presumirá la renuncia.

De las anteriores normas, que tienen fuerza de ley se deduce: la figura de la disponibilidad presupone no desempeñar cargos remunerados en el servicio público; en esa situación se colocan los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular voluntariamente, pues solo se decreta a solicitud del interesado; dicha situación tiene un término y vencido éste el funcionario debe reintegrarse al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores; y si no lo hace se presume su renuncia.

El literal d) acusado, se limita a repetir lo que ya había dicho la ley, es decir, que durante la disponibilidad no se puede ocupar cargos remunerados y que si no se reintegra el funcionario al término de la disponibilidad se presume su renuncia y por ende su retiro de la Carrera. Además, la renuncia es una de las causas de retiro del servicio.

Por eso no puede afirmarse que haya violación de los artículos citados del Decreto 2016 de 1968, ni del 64 del mismo estatuto, tal como fue modificado por el 10 del Decreto 2525 Bis de 1968.

Tampoco hay violación del artículo 17 de la C.N. que protege el trabajo, pues sabiendo el funcionario qué es la disponibilidad, acepta voluntariamente no ocupar cargo remunerado en el servicio público; en eso consiste precisamente la situación de disponibilidad.

De manera que, siendo esta una situación especialísima creada para dichos funcionarios, si resuelven aceptar cargo remunerado –en el servicio público obviamente– significa renunciar a su condición de escalafonados en la Carrera.

*Artículo 60, el siguiente aparte*:

"... Dichos funcionarios deberán ser trasladados en los casos de fuerza mayor o cuando medien razones especiales contempladas en el derecho o los usos y costumbres internacionales".

Afirma el actor que esta norma viola el artículo 5° del Decreto 2525 Bis de 1968 por cuanto tales circunstancias no están previstas en él. Más adelante, al folio 10, indica también como infringidos los artículos 32 y 48 del Decreto 2016 de 1968.

Trata el artículo acusado de los requisitos para trasladar funcionarios de Carrera cuando no hayan cumplido dos años de permanencia en la respectiva sede y dispone que deberán ser trasladados en casos de fuerza mayor o cuando medien especiales circunstancias contempladas en el derecho o los usos y costumbres internacionales.

El artículo 33 del Decreto 2016, modificado por el 5° del 2525 Bis prevé, que salvo los casos en que haya lugar a sanciones disciplinarias, los funcionarios de Carrera nombrados en cargos del Servicio Exterior no podrán ser trasladados inmotivadamente antes de completar dos años de permanencia en la respectiva sede.

En realidad la norma no prohibe los traslados antes de los 2 años de permanencia en la sede: exige sí, que sean motivados. Y precisamente un motivo para ello es la fuerza mayor que haga imprescidible dicho traslado o las razones especiales contempladas en el derecho o los usos y costumbres internacionales.

Es lógico que si se trata del servicio exterior, sea motivo válido para un traslado, el respecto al derecho internacional y a los usos y costumbres internacionales.

El parágrafo 1° del artículo 32 del Decreto 2016 de 1968 no regula esta materia sino la prórroga del término de permanencia en el exterior, y el 48 lo relacionado con la anticipación en la comunicación de los traslados, lo cual no sufre mengua o desconocimiento con el aparte del artículo 60 acusado.

No prospera por tanto la petición de nulidad.

*Artículo 100 en la parte que dice:*

"... Este término se contará a partir de la fecha en que se inicie la investigación".

Se acusa de exceder los artículos 18 y 19 de la Ley 25 de 1974, en los cuales se prevé que el término de traslado para descargos se comience a contar no desde la fecha en que se inicie la investigación, sino desde cuando se formulen los cargos.

No habiendo previsto el Decreto 2016 de 1968 trámite concreto para adelantar los procesos disciplinarios contra los funcionarios del servicio diplomático y consular, lo pertinente es que tales procesos se rijan por las normas generales sobre la materia. Así lo ordena el artículo 69 del Decreto 2017 de 1968.

Cuando se expidió el Decreto 1745 de 1983 reglamentaba el proceso disciplinario adelantado en la entidad nominadora, el Decreto 1950 de 1973 en sus artículos 149 y siguientes.

En el 152 se consagra normatividad similar a la contenida en el artículo 100 acusado; es decir, se fijó un plazo máximo de 8 días para cumplir todo el proceso.

La Ley 25 de 1974 se ocupó también del régimen disciplinario y por tanto sus disposiciones, de superior jerarquía deben preferirse a las contenidas en decretos reglamentarios.

El plazo para adelantar y perfeccionar un proceso disciplinario es en la ley muy superior a 8 días, ya que el que se concede para perfeccionar la investigación es de 30 días; luego hay 5 días para formular los cargos, y 8 para responderlos.

Obviamente no se pueden responder los cargos sin conocerlos y por eso es lógico que el plazo de 8 días comience a contarse una vez que éstos se formulen.

En consecuencia, procede la nulidad de la frase acusada, por cuanto el término para rendir descargos, en ningún caso puede contarse a partir de la fecha en que se inicie una investigación.

*Artículo 115 en la parte que dice*:

"... Si no se expresa dicha fecha, surtirá efectos dos meses después de su comunicación. No obstante en caso de destitución o cuando por razones especiales contempladas en el derecho o los usos y costumbres internacionales se requiere el retiro o el traslado de un funcionario tal providencia surtirá efectos inmediatos".

Se acusa esta norma de exceder el artículo 46 del Decreto 2016 de 1968, por agregarle circunstancias nuevas no contempladas en él.

El artículo 115 del Decreto reglamentario dispone que en la providencia mediante la cual se retire a un funcionario que preste servicios en el exterior se deberá indicar la fecha en que tal retiro se produce; pero si no se indica, solo producirá efectos dos meses después de comunicada, salvo que se trate de destitución o de traslado o retiro del funcionario por razones especiales contempladas en el derecho internacional o en los usos y costumbres internacionales.

El artículo 48 que se cita como infringido solo se refiere a la obligación de comunicar con dos meses de anticipación los traslados y tiene como finalidad, que al funcionario se le concede un plazo para arreglar sus asuntos antes de viajar.

Ello se cumple obviamente haciendo que el retiro o el traslado no surtan efectos sino dos meses después de comunicados. No hay en consecuencia violación ninguna de la norma citada.

El artículo 48 no contempla qué debe hacerse en los casos especiales previstos en el derecho internacional y en los usos y costumbres internacionales, o cuando se trata de destitución. Pero la lógica indica que precisamente por eso, por ser situaciones especiales, debe producir efectos inmediatos la providencia.

No encuentra la Sala que este artículo 115 sea contrario a lo dispuesto por el 48 del Decreto 2016 de 1968 y por tanto no es posible anularlo.

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

**FALLA:**

1. Decláranse nulos, el parágrafo del artículo 5º y el artículo 10 del Decreto 1745 de 1983.

2. Declárase la nulidad de la frase "Dentro de los tres meses siguientes" contenida en el artículo 12 del Decreto 1745 de 1983.

3. Declárase nulo el artículo 14 del Decreto 1745 de 1983.

4. Declárase nula la frase "... este término se contará a partir de la fecha en que se inicie la investigación" contenida en el artículo 100 del Decreto 1745 de 1983.

5. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 16 de febrero de 1990.

*Clara Forero de Castro*, *Pedro Charria Angulo*, Conjuez; *Hernando Herrera Vergara*, Conjuez; *Guillermo López Guerra*, Conjuez.

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

**SUSTITUCION PENSIONAL** - Beneficiarios

**Se advierte un exceso en la potestad reglamentaria al limitar a los solteros el derecho a la sustitución mediante reglamento.**

*DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la frase "ostente el estado civil de soltero (a)", contenida en el artículo 12 del Decreto 1160 de 1989.*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.*- Bogotá, D.E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Magistrado ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4755. Decretos del Gobierno. Actor: Ignacio Castilla Castilla.

Admítese la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y en su propio nombre presenta el señor Ignacio Castilla Castilla.

En consecuencia, se dispone:

Notifíquese personalmente a la señora Ministra de Trabajo y Seguridad Social y al señor Fiscal de la Corporación.

Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en el numeral 3) del artículo 207 del C.C.A.

Reconócese personería para actuar en este proceso, en su propio nombre, al señor Ignacio Castilla Castilla.

Solicita el actor de modo expreso en la demanda de la suspensión provisional parcial de los artículos 12 y 6 del Decreto 1160 de 1989, por el cual se reglamenta la Ley 71 de 1982.

Aun cuando el capítulo correspondiente a la suspensión provisional no es muy explícito en la cita de las disposiciones violadas y el concepto de la violación de cada una, remite expresamente al indicado para solicitar la nulidad y por tanto éste habrá de tenerse en cuenta para resolver la petición de suspensión.

El artículo 12 es del siguiente tenor:

"Compañero permanente. Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanenete a quien ostente el estado civil de soltero (a) y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales".

Estima el demandante que al expedir esta norma el Presidente de la República excedió la potestad reglamentaria estableciendo requisitos no previstos en la ley reglamentaria, relativos al estado de soltería del pensionado fallecido y de su compañera permanente. Pues mientras en la hipótesis legal, se extiende el derecho sin condición alguna relativa al estado de soltería de los concubinos, en su reglamentación, el ejecutivo excluyó aquellas parejas que hicieran vida marital entre sí, cuando uno de ellos estuviera casado.

Agrega que la ley reglamentada en su artículo 3o extendió a las compañeras permanentes la cobertura del derecho a la sustitución de la pensión de que disfrutaba su compañero fallecido y al hacerlo no lo condicionó al estado de soltería.

Presenta luego una doble columna con el artículo 3° de la Ley 71 de 1988, el cual reza:

> "Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:
>
> 1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando

uno de los dos órdenes tenga extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.

2. Si no hubiera cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.

3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.

4. Si no hubiere cónyuge o supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante".

## LA SALA CONSIDERA:

Este artículo 3o señala los beneficios de la sustitución pensional vitalicia, y entre ellos al compañero o compañera permanente del causante; y la disposición reglamentaria indica a quién puede tenerse como compañero o compañera permanente.

El demandante glosa el artículo 12 del Decreto Reglamentario en cuanto exige al compañero o compañera permanente ser soltero.

En verdad el artículo 3o de la Ley 71 de 1988 no señala ninguna limitante para tener derecho, como compañero o compañera a la sustitución pensional.

Por esa razón y sin entrar en disquisiciones de fondo, se advierte a simple vista un exceso en la potestad reglamentaria al limitar a los solteros el derecho a la sustitución mediante reglamento. En consecuencia, habrá de suspenderse la frase "... ostente el estado civil de soltero (a)", contenida en el artículo 12 acusado. Contra el resto de la norma no se esgrime ningún argumento que haga evidente la violación de la ley.

En cuanto al artículo 6$^{o}$ del Decreto 1160 de 1989 la acusación no es muy concreta. Se pide la nulidad y suspensión de la frase subrayada así:

Artículo 6$^{o}$. Beneficiarios de la sustitución pensional.

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, *a falta de éste*, al compañero o compañera permanente del causante.

No aparece de la simple comparación de textos la violación alegada, puesto que la ley habla de "el cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente"; es decir, uno u otro y no los dos a la vez, puesto que "o" es conjunción disyuntiva que denota alternativa entre dos o más personas o cosas.

No tiene entonces la misma significación ni las mismas implicaciones la palabra "soltero" que la frase "a falta de éste", como lo pretende la demanda al afirmar:

> "2.9 al demandar la nulidad de la frase resaltada del artículo 6°, solo pretendo conformar un mínimo cuerpo armónico, pues al fin y al cabo tiene el mismo vicio de la norma del artículo 12, que no podría subsistir por sí sola. O sea, lo acusado, en últimas, es lo mismo (el estado de soltería que se exige en el Decreto Reglamentario), y ésto se encuentra disperso en las dos disposiciones acusadas".

El artículo 6° numeral 1° no se refiere al estado de soltería del compañero o compañera permanente sino al derecho de éste cuando falte el cónyuge sobreviviente. La legalidad de esta norma solo podrá dilucidarse en el fallo de fondo.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sección Segunda

**RESUELVE:**

Decretar la suspensión provisional de la frase "ostente el estado civil de soltero (a)", contenida en el artículo 12 del Decreto 1160 de 1989.

Niégase la suspensión provisional de la frase: "a falta de éste", contenida en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 1160 de 1989.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 23 de febrero de 1990.

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

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

**PERSONAL MILITAR/ SUSPENSION DEL CARGO** - Efectos

**La sentencia con condena condicional tiene todos los efectos que la ley y los tratadistas le atribuyen, pero no los de convertirla de condenatoria en absolutoria para tener derecho a dicho 50% de salarios como lo exige el parágrafo 1° del art. 103 del Decreto Extraordinario 612 de 1977 o en las otras dos figuras del sobreseimiento, o cesación de procedimiento.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.-* Bogotá, D.E., marzo doce (12) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruíz.*

Referencia: Expediente No. 1179 Res. Ministeriales. Actora: Gloria Alea de Córdoba.

GLORIA ALEA DE CORDOBA, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Consejo de Estado "de declaración de silencio administrativo en cuanto al memorial del 1o., de junio de 1981 ante el Ministerio de Defensa Nacional en solicitud de reintegro de valores salariales descontados y del pago de haberes de actividad de su grado de Teniente Bacterióloga por el lapso comprendido entre el 29 de enero de 1979 al 28 de octubre de 1980, para que entendiéndolos denegados se anulen (art. 67).

De igual manera, y por ser antecedentes administrativos que el Ministerio de Defensa Nacional ejecuta en su virtud, la resolución número 02975 del 8 de junio de 1977 expedida por el señor Ministro de Defensa Nacional y el Decreto

número 2442 del 3 de octubre de 1979, mediante los cuales suspende en uso de funciones y atribuciones y separa en forma temporal por veinte (20) meses a la demandante, se anulen. (art. 67).

Y a título de restablecimiento del derecho se disponga dentro del término del artículo 121 del C.C.A., que en el efecto de la sentencia firme en materia criminal dada con fecha 18 de diciembre de 1979 por el H. Tribunal Superior Militar que suspende los efectos de la condena impuesta de veinte (20) meses, por igual término, a la Teniente Bacterióloga Gloria Alea de Córdoba, se le devuelvan los sueldos que por el Ministerio de Defensa Nacional se le están deduciendo; se le pague en su totalidad el lapso comprendido entre 29 de nero (sic) de 1979 al 28 de octubre de 1980 lo que por concepto de sueldos se le adeuda; se tenga dicho tiempo como de actividad militar para todos los efectos, inclusive el de ascenso a Capitán, lo que ha de cumplirse dentro del término del artículo 121 del C.C.A., y con cargo al Ministerio de Defensa Nacional".

El fundamento fáctico de la demanda se planteó así:

"a) Gloria Alea de Córdoba fue escalafonada en el grado de Teniente Bacterióloga en el Ejército, fue juzgada por Consejo Verbal de Guerra por el delito de homicidio culposo y condenada a la pena de prisión de veinte (20) meses según sentencia del 18 de diciembre de 1979. El mismo Tribunal dispuso suspender todos los efectos de la pena impuesta de veinte meses, por igual tiempo al de la condena. La actora habia sido suspendida mediante resolución número 2975 del 8 de junio de 1977 por el señor Ministro de Defensa Nacional.

b) Por razón de la suspensión de los efectos de la sentencia condenatoria, el señor Comandante del ejército produjo auto del 13 de junio de 1979 y ordenó su reintegro a la actividad militar. El Gobierno Nacional en desobedecimiento de la suspensión judicial de la condena la hizo efectiva dictando el Decreto número 2442 del 3 de octubre de 1979 mediante el dispuso su separación temporal por veinte (20) (sic), sin derecho a sueldo alguno, ni a tiempo de actividad militar como Teniente, ordenándolos reintegrar al Tesoro Público si los hubiere percibido, lo que acontece ahora por su actual situación militar de actividad. Pues reintegrada por vencimiento del término de condena se hacen las deducciones mensuales por la Pagaduría Principal del Ministerio de Defensa Nacional".

Prosigue la demanda en los hechos señalados con las letras c y d, con una explicación de lo que se pretende y la cuenta de las sumas pretendidas, respectivamente.

El capítulo de las normas violadas y concepto de la violación se expuso en los términos siguientes:

"*SON NORMAS LEGALES VIOLADAS. CONCEPTO DE LA VIOLACION*:
Artículos 26, 30, 55, 169 y 17 de la Carta. 119.2 ib.
Artículo 118 del Decreto 11.300/78 (sic), art. 119 ib.
Artículo 121 del Decreto 612 de 1977.

a) El poder público del Estado, que es un Estado de derecho, art. 2°, comprende las ramas ejecutiva, legislativa y judicial. Tienen funciones separadas, pero colaborar (sic) armónicamente a los fines sociales del Estado. La justicia la administra el poder jurisdiccional del Estado. La (sic) Administración, art. 119.2, le corresponde velar que la justicia se administre en forma cumplida y pronta y además está en el deber de prestarle auxilio a los funcionarios del Estado que tengan carácter judicial con arreglo a la ley, y darle los médios (sic) necesarios para hacer efectivas sus providencias.

c) El poder público en cuanto a la rama jurisdiccional, administrativa y legislativa separa sus funciones aunque se dirigen armónicamente a los fines del Estado (art. 55). De otro lado, las relaciones de trabajo están socialmente y especialmente protegidas por la Constitución (art. 17). Garantiza el Estado que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva y favorable se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (art. 26). El estatuto de la demandante en cuestión de sueldos se adquiere por dos situaciones particulares, individuales y concretas que no pueden ser modificadas sino en los términos del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959. Y no es el caso. Por la sentencia proferida el 18 de diciembre de 1979 del H. Tribunal Superior Militar que ordena suspender los efectos de la sentencia por igual término al de la pena. Y porque en cumplimiento de lo anterior, el señor Comandante del Ejército, dictó auto con fecha 13 de junio de 1979 levantando a la Teniente Bacterióloga la prohibición o suspensión de funciones y atribuciones y ordenando su reintegro a la actividad militar (art. 30).

d) En ese orden, el Ministerio de Defensa Nacional acatando lo anterior ha debido proveer la destinación en funciones y atribuciones en la actividad militar, esto es señalando destino militar a la Teniente Bacterióloga Gloria Alea Córdoba y ordenando el pago de los haberes consiguientes por ese lapso. Sinembargo, se procedió mediante el Decreto número 2442 del 3 de octubre de 1979 a separar a la demandante en forma temporal por veinte mesis (sic), sin derecho a sueldos; a mantener la resolución número 2975 del 8 de junio de 1977 que la suspendió en uso de funciones y atribuciones en su grado y ordenó reintegrar cualquier suma de dineros salariales que hubiere percibido por tal concepto. Como habia recibido, por estar suspendida, el 50% de los haberes de actividad y había estado en funciones de su cargo por orden superior en ese lapso, se

procede ahora que fue reintegrada por vencimiento de la pena suspendida, a ordenar la devolución de lo que hubiere percibido la demandante por tal concepto.

e) Dice el artículo 297 de la Carta que "no se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal, sino en virtud de sentencia proferida por autoridad competente y con la plenitud de las formas propias de cada juicio". Sinembargo se mantiene la suspensión contra lo dispuesto en la sentencia, constituye violación del artículo 119.2 porque mantener esa suspensión en el uso de funciones y atribuciones contradice la sentencia que suspende la pena; separarla como fue separada por el Decreto 2442, es rebelarse contra la orden fundamental de suspensión y ahora ordenar que se le deduzcan los haberes que hubiere percibido en el lapso de la suspensión, por haberlos trabajado, se está en contradicción con el artículo 17 de la Carta, porque no se le protege en el derecho a recibir el 50% de ese sueldo y se opera contra la sentencia porque estando suspendido el efecto de la pena, el derecho es el de que pueda recibir la totalidad de los haberes de su grado y el de haber sido reintegrada. Se viola así el artículo 169 de la Carta, porque se le priva de su grado, de sus honores y de sus sueldos o pensiones fuera de los casos y por procedimientos no autorizados por la Ley.

f) Suspender según Cabanellas, es tanto como detener una acción o lo que es lo mismo en material penal, es la condena condicional como dispositivo jurídico para que la condena no se lleve a efecto. (Diccionario Jurídico Militar, págs. 533/534). Tomo IV. Edición Omeba dice al respecto: "Es la condena sujeta a la condición suspensiva de la recaída del condena (sic) "*intra-certus tempus*" según Carnelutti. Este autor, Lecciones sobre el Derecho Penal, pág. 161, Edificiones (sic) Jurídicas –Europa-América– dice: "La condena del reo por virtud de la cosa juzgada adquiere lo que se puede llamar la irrefragabilidad; una vez determinada por el juez, la condena debe ser aplicada exactamente. No sería demasiado atrevido parangonar la condena a la liquidación judicial de una deuda. De la misma manera que después de la sentencia pasada en cosa juzgada, la deuda existe en la medida precisa establecida (sic) por el juez y en esta medida debe ser pagada, así también debe ser cumplida la pena. La pena viene a ser de este modo verdaderamente una deuda penal. La pena viene a ser de este modo, la traducción en acto, casi automática de las medidas dispuestas por el juez".

g) Sebastián Soler (Derecho Penal Argentino, T. II. pág. 479) dice sobre esta materia: "... la condenación se tiene o se tendrá como no pronunciada, es decir, no podrá ejecutarse jamás". Magiore, Derecho Penal, T. II. 376/380 dice: "Otra causa de la extinción del delito, es la suspensión condicional (sic) de la pena, que reproduce *mutato domine*, –cambiándole sólo el nombre– la antigua institución de la condena condicional. Esta institución introducida por primera vez en Bélgica, por medio de la Ley 29 de abril de 1888 y luego

adoptada en Italia por la ley Berenguer, del 26 de marzo de 1881, y en Francia con la Ley 267 del 26 de junio de 1904 sobre condena condicional. "Ella obra como una condición resolutiva de la pena y hace que ésta al verificarse la condición sea ejecutada inmediatamente...". Para este caso la doctrina ilustra suficientemente que la suspensión no es ejecución de la penalidad, es lo contrario. Por ello los actos acusados deben ser anulados para comodar la situación particular administrativa de la demandante a las disposiciones de la entencia (sic) proferida por el H. Tribunal Superior Militar el 18 de diciembre de 1979 y según lo previsto por el señor juez de primera instancia. La doctrina colombiana se refleja en esta materia en el comentario del Profesor Carlos Lozano y Lozano, Elementos de Derecho Penal,. 409, de la siguiente manera: "La condena condicional y la liberación condicional son medios de extinción, cuando se reúnen los requisitos señalados en la ley".

h) El artículo 119 del Decreto número 1300 de 1978 fija un término de 30 días, para que la Administración dicte la medida adecuada a la separación absoluta o temporal que se haya proferido contra un militar en servicio activo. En el caso de autos se profirió sentencia con ejecutoria el 29 de enero de 1979. El Decreto número 2442 del 3 de octubre de 1979 fue expedido y fuera de ese término. Es decir, por manera extemporánea. Si la ley reglamenta la capacidad y la competencia fijando la persona que debe proveer el cumplimiento de una sentencia penal y fija también el término en el cual debe operar la Administración, su pronunciamiento extemporáneo de la Administración está sancionando con la nulidad porque es un desvío del poder de la Administración que solo puede dictar aquellas medidas que la ley le autoriza expedir, en el tiempo en que se le señala para ello".

Durante el trámite de la instancia el Ministerio Público rindió su concepto el cual en lo pertinente dice:

"*SUSPENSION EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES Y PAGO DEL 50% DE LOS HABERES.*

De conformidad con el artículo 103 del Decreto 612 de 1977, procede la suspensión provisional de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares, cuando por autoridad competente sea solicitada, y durante el tiempo de la suspensión sólo devengarán el 50% de los haberes mensuales. En el caso de ser absueltos, deberá pagárseles el otro 50%.

Siendo ello así, para reclamar el 50% debe separarse la providencia que ponga fin al proceso penal, por absolución, sobreseimiento definitivo o cesación de procedimiento.

Este derecho puede obtenerse sin necesidad de la declaratoria de nulidad de la resolución que ordenó la suspensión, pues siendo legal, puede haber lugar al pago del sueldo completo, de acuerdo a los resultados del proceso penal. De ello depende el derecho y nó de la legalidad de la resolución de suspensión.

Por eso puede aceptarse, en cuanto a esa petición de la demanda, que en verdad se configuró el silencio administrativo, razón por la cual la actora podía acudir a la vía jurisdiccional, a pesar de estar caducada la acción contra la Resolución 02975 de 8 de junio de 1977.

Ahora bien: ¿la sentencia con la cual culminó el proceso fue absolutoria? no lo fue. No pudo entonces nacer el derecho a la remuneración completa durante el tiempo de la suspensión.

Ciertamente la condena fue condicional y en consecuencia no se podía aplicar la pena principal, quedando la actora sujeta a un período de prueba. Pero el veredicto es condenatorio y por tanto no le asiste derecho al beneficio consagrado en el Parágrafo 1° del artículo 103 del Decreto 612 de 1977.

Una cosa es la absolución, el sobreseimiento definitivo, la cesación de procedimiento y otra la condena condicional, pues esta última significa que el delito sí se cometió, pero en consideración a las condiciones personales del sindicado y a otras circunstancias, se le da la oportunidad de no aplicarle la pena, superando un período de prueba, en el cual debe observar determinada conducta.

En este orden de ideas, concluye la Fiscalía, que a pesar de estar caducada la acción contra la resolución de 8 de junio de 1977, la petición del pago del 50% de los haberes durante el tiempo de la suspensión puede estudiarse en el fondo, y opina que debe resolverse en forma negativa.

**PAGO DE HABERES DURANTE LA SEPARACION TEMPORAL:**

Para que dicho pago fuera viable, sería necesaria la nulidad del Decreto 2442 de 3 de octubre de 1979 que dispuso la separación temporal por un lapso de 20 meses, contados a partir del 29 de enero de 1979, porque un militar separado temporalmente no tiene derecho a remuneración ninguna durante ese tiempo.

Pero ocurre que en el presente caso, cuando se presentó la demanda – el 15 de julio de 1981– estaba mas que vencido el término de caducidad de la acción contra dicho decreto, y la petición presentada por vía gubernativa no tiene la virtud de revivir el término de caducidad de la acción.

Además, ningún restablecimiento del derecho cabría en ese sentido, de mantenerse el acto que ordenó la separación. No le era dable al Ministerio de

Defensa atender la petición presentada el 1o. de junio de 1981, estando vigente el Decreto expedido por el señor Presidente de la República.

Si la actora consideraba que por ese acto se estaba incumpliendo la sentencia de la justicia penal militar y lesionándose sus derechos, ha debido solicitar oportunamente su nulidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dentro del término de 4 meses que le concedía la ley, y no luego de casi dos años de haberse proferido.

Por tanto, en cuanto a esta petición, relacionada con el pago de haberes entre el 29 de enero de 1979 y el 28 de octubre de 1980, la Fiscalía estima que no puede haber pronunciamiento de fondo por caducidad de la acción contra el Decreto 2442 de 3 de octubre de 1979" (fls. 8, 9 y 10).

El expediente hubo de reconstruirse, a petición de la parte demandante, como consecuencia de su destrucción en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede previas las siguientes

## CONSIDERACIONES:

***Situación fáctica***. La Resolución 02975 del 8 de junio de 1977 del Ministerio de Defensa Nacional, teniendo en cuenta que el Juzgado 41 de Instrucción Penal Militar solicitó al Comando del Ejército la suspensión de sus funciones de la Teniente Gloria Alea de Córdoba, con fundamento en el artículo 103 del Decreto Extraordinario 612 de 1977, ordenó tal medida y que mientras esté vigente, la afectada solo perciba el 50% de sus haberes mensuales (fls. 76 y 77).

La cuestión penal culminó mediante sentencia proferida por el Tribunal Superior en virtud de la cual se condenó a la demandante a la pena de 20 meses de prisión, a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas y a la suspensión de la patria potestad, si la tuviere, por el mismo lapso. Se le concedió el beneficio de la condena condicional y, consecuentemente, se ordenó suspender la ejecución de la sentencia y se tomaron otras disposiciones que no vienen al caso (fls. 81 a 82). Dicha sentencia quedó ejecutoriada el 29 de enero de 1979 (fl. 79).

Por auto de junio 13 de 1979, el Juzgado de Primera Instancia atendiendo a lo dispuesto por el Tribunal Superior Militar, concedió el levantamiento de la suspensión de funciones y solicitó su restablecimiento (fls. 25 a 27 y 80).

Pero, aquélla orden de inejecución no se cumplió parcialmente y el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2442 del 3 de octubre de 1979, dispuso separar en forma temporal de las Fuerzas Militares a la demandante, por el lapso de 20 meses a partir del 29 de enero de ese año, por haber sido hallada responsable conforme se vio anteriormente. Además, ordenó que los dineros que le fueron descontados a la actora hasta dicho 29 de enero pasen a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y, finalmente, que cumplido el tiempo de la separación la demandante quedará incorporada nuevamente a las Fuerzas Militares (fls. 78 y 79).

Con fundamento en lo anterior, estudia la Sala los dos aspectos de esta litis, a saber: reintegro de los salarios descontados en cuantía del 50% y pago de los haberes por el lapso comprendido entre el 29 de enero de 1979 al 28 de octubre de 1980, con declaración de que dicho tiempo fue servido para todos los efectos, inclusive el de ascenso a Capitán.

Respecto del primer punto se tiene que los parágrafos $1^{o}$ y $2^{o}$ del artículo 103 del Decreto Extraordinario 612 de 1977 establecen que durante el tiempo de la suspensión el oficial o suboficial solo percibirá el 50% de sus haberes mensuales, pero si es absuelto o favorecido con sobreseimiento definitivo o con cesación de procedimiento, debe pagársele el 50% restante y que cuando la sentencia definitiva fuere condenatoria, las sumas retenidas pasarán a formar parte de los recursos propios de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

La demandante plantea (fl. 15) que "estando suspendido el efecto de la pena, el derecho es el de que pueda recibir la totalidad de los haberes de su grado...".

A juicio de la Sala, la demandante le asigna a la condena condicional unos efectos equivocados. Para la Sala, la circunstancia de que se hubiere ordenado la inejecución condicional de la sentencia no significa *jurídicamente* que esta no sea condenatoria o que sea absolutoria, como para tener derecho al 50% restante y descontado.

Es evidente que la sentencia con condena condicional tiene todos los efectos que la ley y los tratadistas que cita el actor le atribuyen, pero no los de convertirla de condenatoria en absolutoria para tener derecho a dicho 50% de salarios como lo exige el parágrafo $1^{o}$ del citado artículo 103 o en las otras dos figuras del sobreseimiento, o cesación de procedimiento.

Obsérvese que la inejecución de la sentencia referida debió traducirse en lo siguiente: que la demandante no tuviera que pagar la condena de 20 meses de prisión, ni que se viera privada en el ejercicio de sus derechos y funciones

públicas, que no se suspendiera la patria potestad, si la tuviere, ni que se publicara la sentencia (fls. 81 - 82).

Distinto habría sido si la pérdida del 50% del sueldo fuere una pena accesoria, caso en el cual la inejecución de la sentencia condenatoria comportaría su pago. Pero, este aspecto no pertenece al derecho penal, sino que es una prerrogativa laboral de los oficiales y suboficiales, de la cual no gozan en general los demás empleados públicos.

Finalmente en este punto, observa la Sala que la demanda no afirma vicio alguno respecto de la Resolución No. 02975 de 1977 que ordenó la suspensión de la demandante, fuera de que para discutir judicialmente el derecho a las sumas descontadas le bastaba a la parte actora haber solicitado a la administración su pago, como lo hizo, sin necesidad de impugnar aquella resolución, pues, el presunto derecho al aludido 50% solo habría surgido como consecuencia de la sentencia penal absolutoria, a la cesación de procedimiento o al sobreseimiento definitivo que en principio se emiten con posterioridad e independientemente de la orden se suspensión.

Entonces, al margen de la consideración que advierte la Fiscalía sobre la caducidad de la acción respecto de la Resolución 02975, es evidente, como se ha visto, que tanto su nulidad como el derecho al 50% de los sueldos descontados no pueden prosperar.

En relación con el segundo punto, o sea, el pago de los haberes por el lapso comprendido entre el 29 de enero de 1979 y el 28 de octubre de 1980 en que la demandante estuvo separada temporalmente del servicio por mandato del Decreto 2442 del 3 de octubre de 1979, coincide la Sala con la observación del Ministerio Público en el sentido de que la acción contra dicho acto administrativo está caducada.

En efecto, si bien no existe constancia de que el mencionado decreto que afectaba una situación particular y concreta, como la de la demandante que pertenece a la carrera militar, hubiera sido notificado personalmente, el documento de folios 33 a 38 demuestra que cuando la afectada presentó demanda, *anterior a la de este proceso*, que corrigió en obedecimiento al auto de 26 de febrero de 1980, lo hizo mediante apoderado legalmente constituido y en consecuencia se dió por suficientemente enterada del contenido del mencionado Decreto 2442. Luego, cuando promovió la presente acción el 15 de julio de 1981, ya había transcurrido el término de 4 meses de caducidad, sin que la petición que la demandante presentó a la administración por intermedio de su apoderado (fls 19 a 22) tuviere la virtud de revivir la acción, mediante la configuración del silencio administrativo frente a ella.

La Sala llama la atención respecto de la diferencia entre la petición de los haberes descontados y la relacionada con las consecuencias de la separación temporal, debido a que de haberse causado el derecho a los primeros, la correspondiente petición para su reconocimiento era útil, sin necesidad de tener que impugnar el acto administrativo de la suspensión, como se dijo, y en cambio para lograr los derechos presuntamente afectados por el Decreto 2442 sí era necesario obtener su nulidad por ser sus efectos la causa directa de las pretensiones.

Finalmente, advierte la Sala que el término de "prescripción" de la acción es el de 4 meses establecido en el artículo 83, inciso 3o de la Ley 167 de 1941 y no el de prescripción sobre el reclamo de prestaciones sociales del inciso segundo del artículo 142 del Decreto Extraordinario 612 de 1977, por la potísima razón que lo pretendido no son prestaciones sociales, sino el derecho a la prestación del servicio y sus sueldos correspondientes derivados de la separación temporal.

Consecuentemente, la Sala se declarará inhibida para pronunciarse en el fondo sobre la nulidad del Decreto 2442 impugnado y negará las demás peticiones de la demanda.

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

**FALLA:**

1. DECLARASE inhibida para pronunciarse en el fondo sobre la validez del Decreto 2442 del 3 de octubre de 1979 del Gobierno Nacional, por caducidad de la acción.

2. NIEGASE las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 9 de marzo de 1990.

*Joaquín Barreto Ruíz*, *Gaspar Caballero Sierra*, Conjuez; *Pedro Charria Angulo*, Conjuez; *Julio César Obando Correa*, Conjuez-Ausente.

*Miguel Antonio Perilla P.*, Secretario.

## FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

**Al armonizar lo indicado en los artículos 134 y 135 de los Decretos Leyes 1651 de 1977, en su orden, con el art. 6o del Decreto 1651 de 1977, todo parece apuntar a entender que quienes estaban vinculados al ICSS mediante contratos de trabajo, fueron designados como funcionarios de la seguridad social en cargos de carrera, aceptaron y se posesionaron, automáticamente fueron nombrados en período de prueba de la carrera especial de los funcionarios de la seguridad social. Fue el propio legislador extraordinario quien estatuyó la incorporación casi masiva y casi automática de las personas que de atrás venían vinculadas al ICSS bajo la modalidad de contratos laborales.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.-* Bogotá, D.E., trece (13) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 1799. AUTORIDADES NACIONALES (Reconstrucción D.e. 3825/1985). Actor: Isidoro José Castilla Navarro.

A través de demanda y por conducto de apoderado judicial, el señor Isidoro José Castilla Navarro ha acudido ante esta corporación en ejercicio de la acción de plena jurisdicción –hoy de restablecimiento del derecho (art. 85, Decreto Ley 01 de 1984, actual Código Contencioso Administrativo– a recabar la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 5781 de 1982 –16 de diciembre–, dictada por el Director General del Instituto de los Seguros Sociales, que dispuso la insubsistencia de su nombramiento como Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas, (tesorero, clase III, grado 32) que venía desempeñando

en la Seccional del Atlántico. Solicita igualmente y como consecuencia de ello, que se le reintegre a dicho empleo o a otro de semejante o superior categoría y que se ordene el pago de sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la insubsistencia hasta la reincorporación, considerándose que, para todos los efectos relievantes, no ha existido solución de continuidad en el servicio.

## I. HECHOS

En gran síntesis, los hechos fundamentales de la acción precisados por el libelista, narran que el Ingeniero Industrial Castilla Navarro venía desempeñando cargos en el antiguamente llamado Instituto Colombiano de Seguros Sociales, mediante sucesivos contratos laborales, desde el 8 de marzo de 1963, hasta cuando, el 20 de febrero de 1980 y como resultado de la puesta en marcha de la reforma y reconstrucción que se inició con la Ley 12 de 1977, tomó posesión como jefe de la Sección de Prestaciones Sociales (clase II, grado 20, Sub-Dirección Financiera) del nuevo Instituto de los Seguros Sociales, por haberse así decretado por la Resolución 232 de esa misma fecha, del director general de la entidad. De esa suerte, ingresó a la planta de personal del ISS en situación legal y reglamentaria, luego de haber estado vinculado, durante dieciseis años, como trabajador mediante contratos laborales, primero como asistente técnico de la División Nacional de Administración de Riesgos, pasando al de Jefe del Departamento de Pensiones.

Más adelante ya como funcionario, por Resolución 3903 de 1981 –8 de octubre–, fue trasladado al cargo de Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas (clase III, grado 32) de la Seccional del Atlántico, tomando posesión el 4 de diciembre del mencionado año. Respecto de éste último cargo, como se ha expuesto arriba, se produjo la declaratoria de insubsistencia que se ha demandado de nulidad.

## II. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

Señala el escrito demandatorio las siguientes: Ley 12 de 1977 (arts. $5^{o}$ y $6^{o}$); Decreto Ley 1650 de 1977 (art. 47); Decreto Ley 1651 de 1977 (arts. $3^{o}$, $5^{o}$ $6^{o}$ (literal b), 23 (literal d), 108 115, 117, 118, 119, 123 (literal d), 124, 128, 129 y 134); Decreto Ley 1652 de 1977 (art. 35); Decreto 2587 de 1978 (art. 25); Decreto 413 de 1980 (arts. $3^{o}$, $4^{o}$, $6^{o}$ (literal b), 42, 43, (literal a), 44, 45, 47, 62, 64, 65 (literal c, parágrafo $1^{o}$), 66, 67, 69, 70 y 71), y los arts. 20, 21, 51, 63 de la Constitución Política y el art. $5^{o}$ del Plebiscito de 1o. de diciembre de 1957 (62 de la C.N.). Explica ampliamente el concepto de la violación de dichas normas que

"El legislador ordinario por medio de la Ley 12 de 1977, arts. 5° y 6°, facultó al Gobierno para que por medio del Decreto Ley 1650 de 1977 reorganizara la estructura administrativa del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y, además, fijara las escalas de remuneración, normas sobre clasificación de empleos, régimen de prestaciones sociales y las condiciones de ingreso y ascenso, y determinar las condiciones de estabilidad e incompatibilidades y el régimen disciplinario.

"El Gobierno, actuando como legislador extraordinario, expidió el Decreto Ley 1650 de 1977, que en su artículo 47 dispuso:

""Artículo 47. *De la Naturaleza del Instituto de Seguros Sociales*. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales funcionará en adelante como establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con el nombre de Seguros Sociales, y sometido a la dirección y coordinación del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios"".

"Así, por medio de los Decretos Leyes números 1651, 1652 y 1653 de 1977 se reorganizó la estructura administrativa del Instituto, se fijaron las normas sobre clasificación de empleos, condiciones de ingreso y ascenso, condiciones de estabilidad e incompatibilidades, etc.

Otras disposiciones reglamentarias que regulan la administración del personal vinculado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, se encuentran estipuladas en los Decretos 2587 de 1978 y 413 de 1980.

"El Decreto Ley 1651, en su art. 2° clasifica los empleos asistenciales y administrativos. El inciso 2° de la mencionada disposición dice:

""Artículo 26.-...
"Se denomina genéricamente cargos asistenciales aquellos cuyas funciones están directamente relacionadas con la prestación de los servicios propios de atención integral de la salud y cuyos titulares deben ser profesionales de la medicina y de la odontología, así como los atendidos por personas naturales que cumplen actividades dirigidas a coadyuvar y complementar los servicios de atención integral de la salud.

..."

""El artículo 3° del precitado Decreto calificó a los servidores del INSTITUTO como empleados públicos de libre nombramiento y remoción, funcionarios de la seguridad social y trabajadores oficiales. La disposición dice así:

"Artículo 3°. *De los Servidores del Instituto de Seguros Sociales*. Serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción, el Director General

del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad. Tales empleados se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

""Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de la seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas con las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte.

""Los funcionarios de la Seguridad Social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto convenciones para modificar las asignaciones básicas de sus cargos"".

"El Decreto No. 413 de 1980 por el cual se reglamenta la Carrera del Funcionario de la Seguridad Social del Instituto de Seguros Sociales y se dictan otras disposiciones, expedido por el Gobierno Nacional en sujeción a lo dispuesto en el artículo 129 del Decreto Ley 1651 de 1977, preceptúa en sus artículos 2°, 3° y 4° lo siguiente:

""Artículo 2°. Las personas que prestan sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales son: empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales"".

""Artículo 3°. De los empleados Públicos. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley 1651 de 1977 son empleados públicos de libre nombramiento y remoción el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad"".

""Artículo 4°. De los Funcionarios de Seguridad Social. Según la forma como deben proveerse, los cargos desempeñados por funcionarios de seguridad social se clasifican en discrecionales y de carrera.

..."

""Son cargos de Carrera de Funcionarios de Seguridad Social los siguientes... ... ... Tesorero... ...".

"El Decreto Ley 1651, en su artículo 5°, clasificó a los Funcionarios de la Seguridad Social en discrecionalidades y de carrera. La disposición mencionada dice así:

""Artículo 5°. *Del carácter de los cargos*. Según la forma como deben proveerse los cargos desempeñados por funcionarios de Seguridad Social se clasifican en discrecionales y de carrera.

""Son discrecionales los nombramientos que se enumeran a continuación:

""Director de unidad programática local.

""Jefe de Oficina Nacional.

""Consejeros, asesores y, en general, los cargos de los despachos del Director y del Secretario General.

""Los demás cargos pertenecen a la carrera de funcionarios de la Seguridad Social, tal como se establece en el presente Decreto.

""Al igual que en las otras carreras, como la administrativa, la diplomática y consular y la penitenciaria y carcelaria, el Gobierno Nacional podrá modificar en todo tiempo el carácter de los cargos de carrera de funcionario de seguridad social, cuando así lo aconsejan las conveniencias de la administración, oído el concepto del Consejo Superior del Servicio Civil"".

"Las disposiciones transcritas nos señalan con evidencia que los dos únicos funcionarios que tienen el carácter de empleados públicos de libre nombramiento y remoción son los consagrados en el artículo 3° del Decreto Ley 165 de 1977 y el artículo 3° del Decreto 413 de 1980. Por lo tanto, esta facultad de nominador no puede extenderse a los demás servidores del Instituto de Seguros Sociales.

"Otros funcionarios que pueden ser discrecionalmente separados del servicio son los señalados en el artículo 5° del Decreto 1651 de 1977, arriba transcrito, cargos entre los cuales no cuenta el ocupado por mi poderdante, pues los allí señalados son directivos, mientras el de mi poderdante es de Tesorero, perteneciente a la Carrera de Seguridad Social. Es importante anotar que por medio de los Decretos mencionados se institucionalizó esta carrera especial de funcionarios de Seguridad Social.

"La misma ley asigna a esta carrera una naturaleza especial, que se caracteriza por la vinculación del funcionario a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, y por poder celebrar convenciones colectivas; además, por gozar de estabilidad al estar escalafonado en la Carrera de Seguridad Social, no es de libre nombramiento y remoción. Tal es el caso de mi poderdante, Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO, quien ocupaba el cargo de Tesorero Clase III Grado 32 que pertenece a la Carrera de Funcionarios de Seguridad social.

"*Del ingreso al servicio*

"Se presumía que el nombramiento hecho a mi poderdante para ocupar el empleo de Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas Tesorero Clase III–

Grado 32 de la planta de personal adoptada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, era en calidad de prueba, por disposición del Decreto Ley 1651 de 1977, art. 6°:

""Artículo 6°. *Del ingreso al servicio*. El ingreso al servicio se hará:

...

""Por nombramiento en período de prueba cuando se trate de un cargo de carrera de funcionario de seguridad social"".

"*Derechos de los funcionarios de la seguridad social*: "El Decreto Ley 1651 de 1977, en su artículo 23, consagra los derechos que tienen los funcionarios de la Seguridad Social; *inter alia* estipula:

""Artículo 23. *Derechos de los funcionarios de Seguridad Social*. Los funcionarios de Seguridad Social tienen los siguientes derechos:

...

""d) A ingresar a la carrera de funcionario de Seguridad Social en la forma y condiciones previstas en este Decreto"".

El anterior derecho es correlativo con la obligación que tiene la Administración de inscribir al funcionario en la carrera especial de Seguridad Social, como más adelante se conceptuará.

"*Del período de prueba y el ingreso a la carrera*: "A la carrera de Funcionario de Seguridad Social se ingresa una vez realizado el concurso y separado el período de prueba, de conformidad con las disposiciones consagradas en el Decreto Ley 1651 de 1977, que sobre el particular dice:

"Del Decreto Ley 1651 de 1977:

""Artículo 108. *Del ingreso a la Carrera*. El ingreso a la carrera se hará por resolución de inscripción, previa la realización de un concurso y una vez superado el período de prueba"".

"La condición previa de realizar un concurso para ingresar a la carrera es válida para las personas naturales que aspiren vincularse al INSTITUTO por primera vez, pues quienes venían vinculados a la entidad con anterioridad a la vigencia de los Decretos aludidos, evento en el cual se encontraba mi poderdante, serían nombrados en los empleos de la nueva planta de personal que adoptara el INSTITUTO, de conformidad con lo dispuesto en el art. 134 del Decreto 1651 de 1977 y 35 de 1652 de 1977, como más adelante conceptuaré en forma oportuna. Lo anterior nos pone de relieve que el Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO no

estaba obligado a presentar concurso para ingresar a la Carrera de funcionario de Seguridad Social.

""Artículo 115. *Del nombramieento en período de prueba.* Escogido el candidato, se procederá a designarlo en período de prueba, y se comunicará al interesado la naturaleza y las funciones específicas del empleo, la remuneración, el lugar de trabajo y las demás condiciones para su ejercicio"".

""Artículo 117. *Del Período de Prueba.* El período de prueba, última frase del proceso de selección, tendrá una duración de seis meses durante los cuales el Instituto evaluará el desempeño del funcionario en el cargo, con el fin de decidir sobre su permanencia en el servicio y su incorporación a la carrera".

"Sobre la obligatoriedad de la evaluación que debe hacer la Administración durante el período de prueba y de la inscripción que haga ella del candidato en la carrera de funcionario de Seguridad Social, una vez superado el período mencionado, se estipula en el Decreto Ley 1651 de 1977. Artículo 118, y Decreto 413 de 1980, arts. 42, 43, 44 y 45, en los siguientes términos:

""Artículo 118. *De los efectos del período de prueba.* Durante el período de prueba el funcionario podrá ser discrecionalmente retirado del Instituto.

""En ningún caso podrá excederse el término de seis meses a que se refiere el artículo 117 de este Decreto, sin que se produzca el retiro del funcionario o su inscripción en la carrera dentro de los ocho días siguientes, previa evaluación de servicios. Si venciere dicho término sin que el funcionario fuere retirado del Instituto, se entenderá que ha sido calificado satisfactoriamente y la administración deberá proceder, en todo caso, a su inscripción en la carrera.

""El incumplimiento de esta obligación constituye falta grave"".

"Del Decreto 413 de 1980:

""Artículo 42. *De la evaluación durante el Período de Prueba.* Durante el período de prueba el funcionario será evaluado obligatoriamente por su jefe inmediato, con base en las calificaciones obtenidas en:

""a) El desempeño en las funciones del cargo;
""b) El cumplimiento de las normas disciplinarias y
""c) La adaptación a las condiciones de trabajo y su integración a la institución.

""Parágrafo 1°. El informe de evaluación a que hace referencia este artículo será enviado por el Jefe inmediato a la persona evaluada por lo menos quince (15) días antes del vencimiento del período de prueba.

""Igualmente el informe será enviado, dentro del mismo término, a uno de los siguientes funcionarios:

""Al respectivo Jefe de la División de Administración de Personal en caso de funcionarios del nivel nacional o de la sede de las seccionales tipo A.

...

""Parágrafo 2°. El respectivo Jefe de que trata el parágrafo anterior, previa verificación del cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el presente artículo, dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto Ley 1651 de 1977"".

"Parágrafo 3°. El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo por parte de los funcionarios responsables, constituye falta grave"".

"Artículo 43. *De las consecuencias de la evaluación durante el período de prueba.* La evaluación a que se refiere el artículo anterior dará lugar a las siguientes actuaciones administrativas:

""a) Inscripción y escalafonamiento en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social quienes obtengan evaluación satisfactoria;

...

""Artículo 44. *Del escalafonamiento.* El escalafonamiento es el acto administrativo mediante el cual se inscribe a una persona en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social y se le otorgan todos los derechos inherentes a ella, conforme a la ley y a los reglamentos"".

"Artículo 45. *De los procedimientos para la inscripción en carrera.* Para inscribir en la Carrera a los funcionarios de Seguridad Social, las dependencias de que trata el artículo 46 del presente Decreto deberán sujetarse a los siguientes procedimientos:

""a) Verificar que la evaluación del período de prueba del funcionario sea satisfactoria;

""b) Revisar la resolución de nombramiento y el acta de posesión del funcionario para comprobar el cumplimiento del período de prueba y la correspondencia entre el cargo en el cual fue nombrado y el cargo en el cual será escalafonado;

""c) Verificar que ningún aspirante esté inhabilitado para ser escalafonado, según lo establecido en el artículo 119 del Decreto Ley 1651 de 1977;

""d) Proyectar la resolución de escalafón y evitar (sic) a la firma de la autoridad competente;

""e) Enviar copia de la Resolución de escalafón al interesado;

""f) Abrir el expediente de escalafón de cada funcionario incluyendo la resolución de nombramiento, el acta de posesión y la resolución de escalafón"".

"Las voces de las disposiciones transcritas nos permiten colegir, en primer término, que la administración está obligada a evaluar al funcionario durante el período de prueba; en segundo término, vencido el período de prueba sin que el funcionario fuera retirado del servicio, la administración está obligada también a inscribirlo en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social. La ley es imperativa cuando obliga a la administración a cumplir con el precepto. La expresión "*... la administración deberá proceder, en todo caso, a su inscripción en la carrera*", impide que éste obre a su libre arbitrio. Al decir el legislador "en todo caso", significa que no hay alternativa a escoger. No cabe, pues, hesitación alguna sobre el cumplimiento obligatorio de esta disposición por parte de la administración del INSTITUTO. En tercer término, el incumplimiento de estas obligaciones conlleva la imposición de sanciones para los funcionarios negligentes, en ningún caso la omisión por parte de la administración en el cumplimiento de sus obligaciones puede ir en detrimento de los derechos de sus empleados, en este caso, de los de la Seguridad Social, que tienen el derecho de pertenecer a esta carrera especial por mandato de la ley. Mucho menos puede conducir a que la administración se arrogue facultades discrecionales de remover libremente a los funcionarios que ocupen los cargos pertenecientes a esta Carrera especial, pues el querer del legislador es precisamente consagrar la estabilidad de éstos con miras al buen servicio que debe prestar la Institución.

"Cabe anotar, además, que mi poderdante, Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO, no estaba inhabilitado para ser inscrito en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social, es decir, las causales estipuladas en los Artículos 119 del Decreto Ley 1651 de 1977, y 62 del Decreto 413 de 1980 sobre inhabilidades para ser nombrado, no le eran aplicables. Dicen así las mencionadas disposiciones:

""Artículo 119. *De quienes no podrán ser inscritos*. No podrán inscribirse en la carrera especial de que trata el presente estatuto, las personas que reúnan los requisitos para gozar de pensión de jubilación, invalidez o vejez, o que estén disfrutando de cualquiera de las referidas pensiones, ni los miembros de las fuerzas militares o de policía que tengan asignación o pensión de retiro.

""Tampoco podrán ser inscritas las personas que se encuentran escalafonadas en otras carreras, salvo la docente"".

""Artículo 62. *De las inhabilidades para ser nombrados*. De conformidad con el artículo 119 del Decreto Ley 1651 de 1977 y con las demás disposiciones vigentes, no podrán ser nombrados en cargos de carrera:

""a) Quienes reúnan los requisitos para gozar de pensión de jubilación, invalidez o vejez o quienes estén disfrutando de cualquiera de las referidas pensiones;

""b) Los miembros de las Fuerzas Militares o de Policía que tengan asignación o pensión de retiro;

""c) Las personas que se encuentren escalafonadas en otras carreras, salvo en la docente;

""d) Las personas que tengan en su contra cargos formulados que sean objeto de investigación por parte de la justicia ordinaria, mientras su situación no se resuelva favorablemente;

""e) Las personas que se encuentren en cumplimiento de una sanción de suspensión superior a diez (10) días, hasta que dicha suspensión termine""

"*Disposiciones legales y reglamentarias que regían para mi poderdante, Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO*:

"Las disposiciones y reglamentarias que regían para el caso del Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO son las preceptuadas en el Decreto 413 de 1980, las cuales figuran como transitorias, artículos 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, por cuanto el mencionado profesional se vinculó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales por Contrato de Trabajo el día 8 de marzo de 1963 y posteriormente, por mandato del Decreto Ley 1651 de 1977, art. 134, y del Decreto Ley 1652 de 1977, art. 35 fue vinculado a la nueva planta de personal adoptada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y tomó posesión del cargo de Jefe de Sección de Prestaciones Económicas Clase II-Grado 30 Sub-Dirección Financiera, según Acta de Posesión No. 157 de 20 de febrero de 1980. Las referidas disposiciones legales preceptúan:

""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"" (subrayado mío).

""Artículo 35. *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 Instituto y *hará los nombramientos* de los funcionarios que vayan a desempeñar los diferentes cargos.

""Las personas que presten servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales serán nombradas en cargos equivalentes a los que ocupen 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"". (Subrayado mío).

"Como se dijo antes, mi poderdante estaba cobijado por las disposiciones citadas, por estar vinculado a la Institución antes de la vigencia de las disposiciones comentadas. Por mandato de éstas, era imperativo para la administración del INSTITUTO vincularlos a la nueva planta de personal que se adoptara. Tal es el sentido de las expresiones "serán nombrados", "hará los nombramientos", lo que quiere decir que el Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO, para efectos de su vunculación a la nueva planta de personal, estaba eximido del requisito de presentar concurso: Tenía derecho a que se le nombrara en un cargo equivalente.

"Teniendo en cuenta lo anterior, las disposiciones que regían para mi poderdante eran las que por mandato del artículo 71 del Decreto 413 de 1980 debían aplicarse. Este artículo preceptúa:

""Artículo 71. *De las personas nombradas previamente en cargos de carrera*. 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".

"Pues bien, mi poderdante, Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO, ocupaba el cargo de Jefe del Departamento de Pensiones de la División Nacional de Administración de Riesgos, o sea, uno de los pertenecientes a la Carrera de Funcionario de Seguridad Social y en su equivalente, Jefe de Sección de Prestaciones Económicas Clase II –Grado 30– Sub- Dirección Financiera, fue nombrado en la nueva planta de personal adoptada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Posteriormente, por medio de la Resolución No. 3903 de 8 de octubre de 1981 fue trasladado al cargo de Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas Tesorero Clase III Grado 32, perteneciente también a la Carrera de Funcionario de Seguridad Social. Sucedido lo anterior, la administración estaba obligada a dar cumplimiento a las disposiciones que regían sobre el particular. Ellas se estipulan:

""Artículo 64. *De las condiciones para establecer la Equivalencia de los Cargos*. Los nombramientos de las personas vinculadas al Instituto de Se-

guros Sociales a la fecha de expedición del presente Decreto se harán por la primera vez en un empleo equivalente, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos. Para tal efecto la equivalencia se establecerá de tal manera, que el cargo al cual se incorpora a la persona, corresponda al área funcional o al cargo de actividad del empleo al cual estaba vinculada y que la asignación básica de la persona no sea inferior a aquella que venía devengando en el momento de su incorporación.

...''''.

''''Artículo 65. Las personas vinculadas al Instituto con anterioridad al 21 de noviembre de 1978, fecha de expedición del Decreto 2587 por el cual se adoptó el Manual de Requisitos Mínimos, podrán ser nombradas en empleos no directivos de la nueva planta de personal del Instituto de Seguros Sociales y ser inscritos en el escalafón de la carrera sin el lleno de los siguientes requisitos, los cuales deberán acreditarlos dentro de los dos años siguientes a la fecha de su posesión...''''.

''''c) Los títulos o certificados exigidos, siempre que el aspirante acredite, mediante constancia debidamente autenticada de la entidad docente respectiva, que ha terminado y aprobado satisfactoriamente los estudios correspondientes y que, en consecuencia, puede optar o está tramitando el título o certificado respectivo;

...''.

"Parágrafo 1°. Se exceptúan de lo dispuesto en el literal c) del presente artículo, los títulos o certificados académicos que por disposición del Gobierno Nacional son indispensables para el ejercicio del oficio o profesión correspondiente''''.

"Los requisitos exigidos de que habla la anterior disposición, para poder ser nombrado, en el caso del Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO, están estipulados en el Decreto 2587 de 1978, por el cual se aprueba el Acuerdo No. 036 de noviembre 21 de 1978 que adopta el Manual de Requisitos Mínimos que señala las calidades que debe acreditar el personal para el ejercicio de las distintas clases de empleos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. El mencionado Decreto en sus artículos 130 y 154 dispone:

''''Artículo 130. De los Jefes de Sección de la División de Seguros Económicos del Nivel Nacional.

''''Son requisitos para los cargos de Jefe de Sección de la División de Seguros Económicos del Nivel Nacional:

...

""b) Del Jefe de la Sección de Prestaciones Económicas Clase II.

""– Título profesional de administrador de empresas, ingeniero o abogado.
""– 3 años de experiencia profesional con el desempeño de funciones relacionadas con la administración o el control de prestaciones sociales"".

""Artículo 154. Del Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas del Nivel Seccional A.

""Son requisitos para el cargo de Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas del Nivel Seccional A.- Tesorero Clase III.

"– Título profesional.
"– Estudios adicionales, no inferiores a 250 horas, en administración financiera para quienes no acrediten un título profesional con formación básica en este campo.
"– 2 años de experiencia profesional en el desempeño de funciones relacionadas con el cargo y 3 años para quienes no acrediten los estudios adicionales exigidos".

"Según lo estipulado en las disposiciones transcritas, podemos anotar que el Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO estaba vinculado al INSTITUTO a la fecha de la expedición del Decreto 413 de 1980 puesto que prestaba sus servicios desde marzo de 1963. El nombramiento hecho y la posesión en el nuevo cargo, con fecha 20 de febrero de 1980 y su posterior traslado y ascenso al cargo de Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas Tesorero Clase III, Grado 32 en la Seccional del Atlántico, según Acta de Posesión No. 688 de diciembre 4 de 1981, recayeron en empleos equivalentes: ocupaba el cargo de Jefe del Departamento de Pensiones de la División Nacional de Administración de riesgos en la planta de personal del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y se hizo, en primer término, al de Jefe de Sección de Prestaciones Económicas Clase II, Grado 30, Sub-Dirección Financiera, y luego al Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas Tesorero Clase III, Grado 32, en la Seccional del Atlántico, en la nueva planta de personal adoptada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Cumplió con los requisitos exigidos para el cargo de Tesorero, exhibió el título de Ingeniero Industrial y, además, llevaba más de dos años de ejercicio profesional al servicio del INSTITUTO. Prueba de lo anterior reposa en la Hoja de Vida de mi poderdante. Lo anterior indica que el Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO cumplió plenamente con lo estipulado en las disposiciones reglamentarias y, además, sus títulos universitarios no están sospechados de ninguna falsedad que lo hiciera excluir del escalafón de la Carrera de Funcionarios de Seguridad Social, de conformidad con el artículo 65 del Decreto 413 de 1980 transcrito.

*"Del período de prueba del Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO*:

"Dado que mi poderdante, Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO, venía vinculado al INSTITUTO desde marzo 8 de 1963, es decir, con más de dieciseis (16) años de anterioridad a la expedición del Decreto 413 de febrero 28 de 1980 y promulgado en marzo 24 del mismo año en el Diario Oficial No. 35483, tenía habilitados los seis (6) meses de período de prueba al momento de su nueva vinculación a la planta de personal adoptada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, la cual se hizo en febrero 20 de 1980, según Acta de Posesión No. 150 de la misma fecha. Así lo preceptúa el artículo 69 del mencionado Decreto:

""Artículo 69. *De las personas nombradas previamente en Cargos de Prueba*. Para efectos de la inscripción en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social, a 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"". (Subrayado mío).

"Es de suyo evidente que mi poderdante tenía habilitados los seis (6) meses de período de prueba y que, además, este era satisfactorio para efecto de su inscripción en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social a que tenía derecho por mandato legal. La aplicación de esta disposición no puede obedecer a un criterio por parte de la administración del INSTITUTO sino, por el contrario, es un mandato de obligatorio cumplimiento que no permite dilación alguna. La expresión "*se les habilitarán*" es clara para el intérprete, es decir, la administración debe tenerlos en cuenta a favor del funcionario. Habilitado el tiempo de servicio como período de prueba y posesionado en el cargo para el cual fue nombrado, Jefe de Sección de Prestaciones Económicas Clase II –Grado 30– Sub-Dirección Financiera, que encajaba justamente entre los cargos previstos por la disposición transcrita –funcionario de Seguridad Social– mi poderdante, Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO, tenía derecho a ser inscrito en esta Carrera especial, dentro de un término máximo de noventa (90) días siguientes a la fecha de posesión. Así lo dispone el artículo 70 del Decreto 413 de 1980:

""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 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 expide la resolución de escalafonamiento, no podrán ser discrecionalmente desvinculados del servicio". (Subrayado mío).

"Al Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO, como se dijo antes, se le habían habilitado los seis (6) meses del servicio como período de prueba satisfactorio por haber sido vinculado a la nueva planta de personal adoptada por el ISS y porque venía prestando sus servicios de tiempo atrás a la INSTITUCION, lo cual le deba (sic) el derecho a ser inscrito en la Carrera de Funcionario de Seguridad Social. Esta inscripción debió realizarse dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de posesión, cuyo límite era el 8 de octubre de 1980. Ahora bien: si durante ese período y el transcurrido luego hasta la fecha de declaratoria de insubsistente, la administración del INSTITUTO, por negligencia de los funcionarios encargados de ello incumplió la obligación de expedir la resolución de escalafonamiento correspondiente, menos podía aún desvincular discrecionalmente del servicio a mi poderdante. La disposición es clara cuando dice:

""Mientras se expide la resolución de escalafonamiento, los funcionarios no podrán ser discrecionalmente desvinculados del servicio"".

"Lo cual implica que mi poderdante gozaba de estabilidad a pesar del incumplimiento por parte de la administración del INSTITUTO para expedir la respectiva resolución del escalafonamiento y que la desvinculación discrecional por medio de declaratoria de insubsistencia debió ser precedida por una motivación.

"Esta disposición armoniza con el artículo 118 del Decreto Ley 1651 de 1977 ya comentado: es el desarrollo que el ejecutivo da a la ley por mandato constitucional. Por todo ello, la Resolución 5781 de 16 de diciembre de 1982 es irregular: se opone a la ley.

"No puede mi poderdante padecer las consecuencias que conlleva la omisión en el cumplimiento de la ley por parte de la administración del INSTITUTO. Es ella quien debe responder, como muy bien lo indica el Decreto Ley 1651 de 1977, artículo 119. La Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado nos ilustra sobre el particular:

El artículo 217 *ibídem* establece que al vencerse el período de prueba el funcionario deberá solicitar su inscripción en el escalafón en un plazo de treinta (30) días, pero si no lo hiciere 'su situación se definirá de oficio', de donde se deduce sin lugar a dudas *que es una obligación de la Administración proceder al escalafonamiento una vez vencido el período de prueba si no existen calificaciones desfavorables para el empleado. Si tales calificaciones no se han producido ello se debe a deficiencias de la administración que no pueden imputarse al funcionario ni le puede acarrear perjuicio la mora o la omisión de otros empleados*" (Subrayado mío) (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 10 de febrero de 1971, Consejero Ponente Doctor Ignacio Reyes Posada, Expediente No. 5068).

"*La Declaratoria de Insubsistencia*:

"El nombramiento de mi poderdante, Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO, fue declarado insubsistente por medio de la Resolución No. 5781 de 16 de diciembre de 1982, como si se tratara de un empleado de libre nombramiento y remoción, pero como plenamente quedó demostrado, él pertenecía a la Carrera de Funcionario de Seguridad Social; la declaratoria de insubsistencia debió proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 del Decreto Ley 1651 de 1977 que dice:

""'Artículo 124. *De la Declaratoria de Insubsistencia*. Podrá ser declarado insubsistente cualquier nombramiento hecho a funcionarios inscritos en Carrera por resolución motivada y siempre que como resultado de la evaluación del desempeño obtuviere por dos veces calificación no satisfactoria, dentro de un período de seis (6) meses.

""'Entre una y otra calificación deberá transcurrir por lo menos un mes'''".

"En primer término, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el cargo de Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas –Tesorero Clase III Grado 32– hecha al Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO debió hacerse por resolución motivada, más la Resolución No. 5781 de 16 de diciembre de 1982 carece de motivación, razón por la cual se opone en abierta oposición con la ley. En segundo término, deben darse unas causales, como la no satisfacción de las calificaciones en la evaluación del desempeño del cargo, evento que debe darse dos veces. Estas causales no se dieron en el caso de mi poderdante, no aparecen pruebas en su Hoja de Vida ni se motivaron en la Resolución *sub-judice*.

"La pretermisión por parte de la Administración del INSTITUTO del procedimiento estipulado en el art. 124 arriba transcrito es una clara violación de la Ley. Por lo tanto, se impone la nulidad del acto demandado.

"*La Constitución Nacional*:

"Principio rector del Estado de Derecho acerca de la administración es la sujeción de ésta a la ley. He ahí una de las diferencias con el Estado Absolutista de *l'Ancien Régime*. La administración no puede hacer sino lo que la ley regula para garantía del administrado y para la prestación del buen servicio. Por eso el artículo 20 de la Cosntitución señala la responsabilidad a que están sujetos los funcionarios públicos; éstos son responsables por infracción a la ley, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas. Además, el artículo 63 impone que toda función desempeñada por los empleados públicos se encuentre detallada en la ley o reglamento, por lo tanto, a éstos no les es dado arrogarse funciones que no les han sido preceptuadas por la ley o el reglamento. Considero que en el caso *sub-judice* la administración del

INSTITUTO se extralimitó en sus funciones al arrogarse competencias que la ley no le daba, pues ésta solamente le daba el poder discrecional de nombrar y remover libremente a determinados funcionarios, como se anotó oportunamente, mas no el de remover libremente a los funcionarios denominados de la Seguridad Social, como el caso de mi poderdante, Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO. Además, la omisión en que ha incurrido la Administración del INSTITUTO en el sentido de escalafonar a mi poderdante en la Carrera de Funcionario de la Seguridad Social en el tiempo indicado, es una manifiesta violación de la ley que va en detrimento no sólo de los derechos del Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO sino del buen servicio que debe prestar la Institución. Sobre el principio de la legalidad en las relaciones internas y externas de la administración, es pertinente citar el concepto del Honorable Consejo de Estado, de abril 22 de 1971, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Dr. Alberto Hernández Mora, Anales Nos. 429 y 430, páginas 460 y 461:

""De la idea de que no hay seguridad para el individuo donde la Administración no está regida por una norma jurídica, desprende nuestra Constitución el principio de que a las autoridades administrativas no les es permitido sino aquello que les autoriza la Ley (C.N. arts. 20 y 63). La noción de Estado de Derecho se plasma en este principio de imperativa aplicación cada vez que se trate de definir relaciones entre gobernantes y gobernados y de alindar las áreas que protegen los derechos del individuo y las libertades públicas.

Las competencias de la autoridad se encuentran y deben encontrarse precisamente definidas por la ley, y lo que el constituyente o el legislador atribuye como función a una de ellas en particular, no puede extenderse por analogía a funcionario o corporación distinta. Si la Administración en sus relaciones externas debe atenerse estrictamente a las competencias señaladas en la ley, distinto razonamiento ha de seguirse en las relaciones internas de la Administración y cuando ésta se enfrenta a su finalidad esencial de asegurar, en beneficio común, el funcionario y la comunidad de los servicios públicos que ha tomado a su cargo. Entonces no son las seguridades individuales las que circunscriben la acción administrativa, sino el interés público el que exige su intervención. Desde luego la Administración tiene que moverse siempre dentro del marco de la ley, pero en sus relaciones internas el principio de legalidad debe conciliarse con la obligación y la urgencia de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, con la satisfacción del interés general, que es igualmente el principio tutelar de la actividad administrativa. Si en sus relaciones internas la ley señala a la Administración pautas, la actividad se ceñirá al precepto legal. Ante el silencio de la ley, será necesario encontrar la norma jurídica aplicable, 'en las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto en la doctrina constitucional y en las reglas

generales de derecho', como señala el legislador en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887"".

"*Plebiscito 1o. de diciembre de 1957-Artículo 5°* (Artículo 62, inciso 2°, C.N).

"Los colombianos asistimos en nuestra vida cotidiana a la desinstitucionalización del Estado de Derecho. Salta a la vista de cualquier observador desprevenido esta crisis. En lo que concierne a la Administración Pública, la práctica inveterada de quienes tienen las facultades de nombrar y remover funcionarios, en oposición a los principios constitucionales, ha traído consigo la anarquía administrativa y, por ende, la prestación de un pésimo servicio público, y el asalto a los empleos por la denominada "clientela", padeciendo los administrados las consecuencias de estos hechos. Por eso, es hora de que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa haga cumplir los principios que el constituyente primario institucionalizó el 1o. de diciembre de 1957 a través del denominado Acto Plebiscitario. La filosofía, el espíritu de esa audaz Reforma estaba plasmado en el Acuerdo de Sitges que suscribieron de consenso los partidos tradicionales en julio de 1957. Sobre el tema que nos ocupa en esta demanda se acordó: "A un cuerpo legislativo así organizado, inmune al sectarismo, ha de corresponder una rama ejecutiva de coalición y cooperación de los partidos, en que se halle limitada la facultad, hoy omnímoda, del presidente en la elección y despido de todos los funcionarios del Gobierno. Un primer límite tiene que ser la urgentísima creación de una carrera de servicio que suprima el concepto de que el vencedor político tiene derecho a los despojos del vencido y a alterar de arriba a abajo la administración pública, sustituyendo todos los empleados por los nuevos favoritos. La tragedia de cada transición de poder en Colombia ha sido esa, no por la importancia, inexistente, del cuerpo de empleados en relación con la población del país, sino porque son empleados o aspirantes quienes promueven la violencia para defender sus cargos o la desatan para adquirirlos". (VASQUEZ COBO CARRIZOSA, Camilo "El Frente Nacional su Origen y Desarrollo", pág. 280).

"La nación colombiana buscaba la paz perdida y a través de estos acuerdos se pretendía institucionalizarla en todos los órdenes, tanto político como social, laboral, etc. Por eso cuando dijo "la urgentísima creación de una carrera de servicio civil" llámase administrativa, docente o de Seguridad Social, etc., se proponía dotar al Estado de una administración capaz de prestar un buen servicio público, mediante la calificación y la estabilidad del empleado público. Lo anterior fue elevado a disposición constitucional por autonomía directa del constituyente primario en los siguientes términos:

""Plebiscito 1o. de diciembre de 1957, artículo 5°: El Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes y en general, todos los funcionarios que tengan *facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso*, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por méritos y antigüedad y de jubilación, retiro o despido. (Subrayado mío).

...

"El Honorable Consejo de Estado en una sabia sentencia oportunamente interpretó la disposición del acto plebiscitario antes transcrito, algunos apartes de la cual se impone transcribir:

""Las razones expuestas cobran un mayor vigor jurídico y se tornan más claras y definidas dentro del sistema impuesto por la enmienda constitucional plebiscitaria. La dura experiencia acumulada en los últimos lustros de nuestra vida política, determinó un cambio de rumbo en el sentido de buscar, aunque transitoriamente, nuevas bases a las instituciones jurídicas mediante la eliminación de las posibilidades hegemónicas de un partido. Los objetivos específicos de la enmienda y los principios cardinales que orientaron a sus gestores, no fueron otros que los de poner dique a la contienda política mediante la utilización de estos medios: la participación temporalmente igualitaria y permanentemente proporcional de las dos colectividades en la dirección y control políticos del Gobierno, y la creación y organización de una verdadera carrera administrativa que diera estabilidad a los funcionarios profesionales y eleiminara los empleos administrativos como estímulo de la controversia partidista. Los artículos 4°, 5° y 7° de la enmienda plebiscitaria otorgan amplias facultades al Presidente para la organización de la rama ejecutiva, pero solamente en cuanto se relaciona con la provisión de aquellos cargos que, en razón de la naturaleza política de las funciones que les están asignadas, comprometen la responsabilidad de los partidos en el gobierno, pero no se conceden idénticas atribuciones en relación con la selección del personal propiamente administrativo.

""De acuerdo con los ordenamientos constitucionales anteriores a la reforma de 1957, el Presidente de la República tenía la potestad ilimitada de nombrar y separar los Ministros, gobernadores y agentes. Ese principio, en términos generales, se mantuvo en la enmienda plebiscitaria, pero adicionado con el de la participación de las dos colectividades políticas en el gabinete ejecutivo y en las gobernaciones, en la misma proporción en que estuvieron representados en las cámaras legislativas. Así lo prescribió el artículo 4° cuando dijo:

""Los Ministros del Despacho serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República quien, sin embargo estará obligado a dar parti-

cipación en el Ministerio a los partidos políticos en la misma proporción en que están representados en las Cámaras Legislativas.

""Como el objeto de la presente reforma constitucional es el de que los dos partidos políticos, el conservador y el liberal, colocados en un pie de igualdad, dentro de un amplio y permanente acuerdo, tengan conjuntamente la responsabilidad del Gobierno, y que éste se ejerza a nombre de los dos, la designación de los funcionarios y empleados que no pertenezcan a la carrera administrativa, se hará de manera tal que las distintas esferas de la Rama Ejecutiva reflejen equilibradamente la composición política del Congreso.

""Lo anterior no obsta para que los miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser llamados a desempeñar cargos en la Administración Pública'"".

""Este ordenamiento constitucional contiene reglas que, sin desvirtuar el estatuto anterior, lo adiciona con principios nuevos y restrictivos. El Presidente conserva al facultad de obrar libremente en la selección de los Ministros del despacho, de los gobernadores y de los funcionarios políticos en general, tal como ocurría durante la vigencia del estatuto anterior; pero esa atribución amplísima quedó limitada por la enmienda plebiscitaria en la siguiente forma: a) Debe dar participación a las dos colectividades tradicionales en esos cargos de naturaleza política en proporción a los contingentes de cada una de ellas en el parlamento. Esa colaboración debe otorgarse a los dos partidos en calidad de tales, es decir, como a organizaciones políticas permanentes, como a tendencias generales de la opinión pública; b) Puede dar participación a las Fuerzas Armadas cuando lo juzque oportuno y conveniente, pero de manera que no afecte en forma sustancial la organización eminentemente política del gabinete y la participación a que tienen derecho los dos partidos en la dirección del gobierno.

""Los objetivos esenciales de la reforma, como lo expresa el artículo comentado, son de carácter político: mantener la responsabilidad de los partidos en el gobierno, a fin de que se ejerza a nombre de ellos; para alcanzarlo, el constituyente de 1957 estimó que era indispensable y a la vez suficiente, que las dos colectividades históricas conservaran el control de aquellos cargos públicos que, en razón de la naturaleza de las funciones que les están asignadas, tienen un carácter eminentemente político. Por otra parte, consideró que para la obtención de tales fines, no era necesaria la participación igualitaria o proporcional de los partidos en la distribución de los destinos de índole administrativa que poca incidencia tienen sobre la gestión política. De allí que estableciera como línea divisoria entre los dos conceptos la noción de una carrera administrativa técnicamente organizada a fin de que aquellos funcionarios que no pudieran pertenecer a ella en virtud de las atribuciones del Gobierno que

se les señala, fuesen seleccionados con el criterio de guardar el equilibrio de los partidos, en tanto que aquéllos que no tiene asignadas funciones políticas, se acojan en razón de su idoneidad, méritos y tiempo de servicio, sin consideración alguna a su filiación partidista. En esta forma, la enmienda plebiscitaria establece un criterio de apreciación aún más definido y concreto que el adoptado por el estatuto constitucional anterior sobre las diferencias entre las nociones jurídicas de "agentes o funcionarios políticos" y la de "empleados administrativos". Esta interpretación se encuentra ratificada ampliamente en el artículo 5º de la Reforma". (Anales del Consejo de Estado, Tomo LXII, Nos. 387, 391, 1958-1960).

"Es claro que el constituyente les quitaba el poder omnímodo a los nominadores de empleos y daba la competencia al Congreso como legislador para que dictara las normas, para que reglara los principios a que debían someterse en adelante los funcionarios que tuvieran la facultad de nombrar y remover empleados administrativos, es decir, al servicio de la administración. Mas como hemos dicho, la práctica reiterada de competencias que se han arrogado estos funcionarios, al margen de la Constitución y la ley, ha traído como consecuencia el desajuste institucional que padece la Nación colombiana. En el caso *sub-judice*, el Director General del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, al expedir la Resolución No. 5781 de 16 de diciembre de 1982, por la cual se declara insubsistente el nombramiento de mi poderdante, Doctor ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO, está violando no sólo la ley y los reglamentos que le fijan su competencia sino también la Constitución Nacional y no sólo la norma positiva, sino el querer del constituyente primario, como ha quedado demostrado. Reitero que corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa meter en cintura a los funcionarios "que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos", para que la arbitrariedad no continúe enseñoreándose de su quehacer cotidiano, y los colombianos podamos disfrutar de un buen servicio prestado por la Administración pública" (folios 4 a 21).

## III. VISTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado rindió oportunamente su concepto de rigor, una vez decretada la reconstrucción del asunto que se destruyó durante los trágicos acontecimientos de 6 y 7 de noviembre de 1985. Expresa lo siguiente:

"Se trata de establecer en el presente proceso, si de conformidad con las disposiciones que organizan y reglamentan la Carrera de la Seguridad Social el actor estaba protegido por garantía de estabilidad que impidiera la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

"La Fiscalía no comparte los argumentos del demandante, por las siguientes razones:

"El Estatuto Orgánico de la Carrera de Seguridad Social es el Decreto 1651 y en él está previsto lo relativo al proceso de selección, al período de prueba y a la inscripción definitiva en la Carrera; inscripción que concede las garantías propias del escalafón al empleado.

"En dicho Decreto, dictado en ejercicio de facultades extraordinarias, no está previsto ni el escalafonamiento automático, ni la incorporación masiva de funcionarios a la Carrera, por el solo hecho de estar vinculados al Instituto a la fecha de su expedición.

"El Decreto 413 de 1980, reglamentario de la Carrera del Funcionario de la Seguridad Social, sí contempla en verdad un escalafonamiento masivo y casi que automático para los funcionarios antiguos, como lo indica la demanda, pues no otra cosa significa que a los nombrados en cargos que sean de Carrera, se les dispense de los requisitos propios de la inscripción en el escalafón, se les habilite como período de prueba satisfactorio los 6 meses anteriores y se ordene prácticamente su inscripción en el escalafón dentro de los 90 días siguientes, estableciendo que mientras se dicta la correspondiente resolución no podrán ser discrecionalmente desvinculados del servicio (arts. transitorios 63 a 71).

"Sin embargo, observa la Fiscalía, que ninguna disposición similar se encuentra en el Decreto Ley 1651 de 1977 y por tanto el Decreto Reglamentario 413 de 1980 excede las normas generales que pretende reglamentar.

"Sabido es que de conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, las materias atinentes al establecimiento de las Carreras, es decir la regulación sobre condiciones de acceso al servicio público, ascensos por mérito y antigüedad, retiro y despido, están reservadas al Congreso o al Presidente de la República investido de precisas facultades para tales efectos, y no puede el gobierno, cuando reglamenta la ley, invadir esta órbita de competencia.

"El Decreto 1651 de 1977, se repite, no contempla escalafonamiento masivo ni automático de funcionarios antiguos e inclusive establece en el artículo 118, que durante el período de prueba de quienes han sido escogidos por concurso, dentro del registro de aspirantes, podrán ser retirados discrecionalmente del servicio.

"Nada se dice acerca de un procedimiento especial y más favorable para la inscripción en el escalafón de quienes venían laborando en el Instituto.

"Ordena sí en el artículo 134, que se nombre en la planta de personal a quienes al entrar en vigencia el Decreto estuvieran vinculados por contrato de trabajo, salvo aquellos que de acuerdo con sus disposiciones, tuvieran la calidad de trabajadores oficiales.

"Esto ocurrió precisamente en el caso del actor, quien desde el año de 1963 venía vinculado por contrato de trabajo y se le nombró, por Resolución No. 232 de 20 de febrero de 1980 (fls. 30 a 32), dentro de la planta de personal, como Jefe de la Sección de Prestaciones Económicas Clase II –Grado 30 de la División de Seguros Económicos de la Sub- Dirección Financiera del ISS, cargo considerado de carrera.

"Pero, a juicio de la Fiscalía, el artículo 134 no concedió derecho alguno a permanencia en el servicio; se limitó a disponer que se vinculara a las personas en forma correcta y acorde con la naturaleza jurídica de la entidad.

"El derecho a la estabilidad solo proviene del escalafonamiento en una carrera o de un nombramiento para período fijo y nada de esto ha comprobado el demandante.

"Obviamente que sí hubiera tenido derecho a obtener su reincorporación en la Carrera, más no en forma automática, sino dentro de las prescripciones del Decreto 1651 de 1977 y las del Decreto Reglamentario 413 de 1980, que no excedan las normas reglamentarias.

"El hecho entonces es, que en el proceso no aparece comprobación de su inscripción en la Carrera de la Seguridad Social y por tanto podía ser declarado insubsistente sin motivación ninguna como en efecto se hizo.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se nieguen las súplicas de la demanda" (folios 85 a 87).

Agotado el trámite de ley, corresponde a la Sala decidir lo que fuera pertinente, al no hallar causal que invalide la actuación.

## SE CONSIDERA:

A. La tesis sentada por la agencia del Ministerio Público ha sido acogida plenamente por la Sala en numerosos casos similares al *sub-lite*. Entre otros pueden citarse el fallo de 8 de octubre de 1984 (Exp. No. 7065), actora: Nelly Garavito de Cediel; "Anales, "Nos. 481-482, Tomo CVI, año LIX, págs. 270 a 275) y el del 20 de noviembre del mismo año (Exp. No. 6872, actor: Tarcisio Guerra Blanco; "Anales", Nos. 483-484, Tomo CVII, año LIX, págs. 495 a 498), ambos con ponencia del Consejero doctor Alvaro Orejuela Gómez. Sin embargo, ello no es óbice para que se emprenda un reestudio del aspecto

jurídico del tema, o más específicamente, acerca de la situación de *los funcionarios de seguridad social* en cuanto atañe a las garantías que les asisten, su vinculación a la carrera estatuida para ellos por las normas legales del caso, su ingreso a ésta, su escalafonamiento, etc., de manera general y, más en concreto en lo que hace a quienes venían laborando por contratos celebrados con el otrora Instituto Colombiano de Seguros Sociales y que, en virtud de la gran reforma autorizada por la Ley 12 de 1977, fueron nombrados, y se posesionaron, en la categoría de Funcionarios de Seguridad Social.

Como se ha visto en el concepto arriba transcrito de la señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, la tesis central para denegar las pretensiones de los respectivos demandantes de que se declarara la nulidad de los actos de insubsistencia, ha consistido en sostener que el Decreto (Reglamentario) 413 de 1980 va más allá de lo que el Decreto Ley 1651 de 1977 (el reglamentado) indica. Para la Fiscalía y para la Sección, dado que el Decreto Ley 1651 de 1977 no prevé el escalafonamiento automático ni la incorporación masiva de los antiguos trabajadores del reformado Instituto Colombiano de Seguros Sociales a la denominada "carrera especialísima de la seguridad social", al contemplar el Decreto Reglamentario 413 de 1980 "un escalafonamiento masivo y casi que automático para los funcionarios antiguos, como indica la demanda...", excedió "las normas generales que pretende reglamentar". Y agregan: "Sabido es que de conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, las materias atinentes al establecimiento de las Carreras, es decir, la regulación sobre condiciones de acceso al servicio público, ascensos por mérito y antigüedad, retiro y despido, están reservadas al Congreso o al Presidente de la República investido de precisas facultades para tales efectos, y no puede el Gobierno, cuando reglamenta la ley, invadir esta órbita de competencia".

B. De esa suerte, con el propósito de clarificar hasta el máximo lo que quiso el Legislador –ordinario y extraordinario– en lo que concierne al régimen laboral de los empleados y trabajadores de los "Seguros Sociales Obligatorios", se emprende el análisis de las disposiciones correspondientes, con la coherencia necesaria para lograr su interpretación, en un estricto orden jerárquico. Se tiene entonces:

1. La Ley 12 de 1977 –enero 25–, "por la cual se reviste 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*" (se subraya), autorizó al Jefe del Estado, por el término de seis meses (artículo 1°) para reorganizar, total o parcialmente "la estructura administrativa del Instituto (Colombiano de los Seguros Sociales) y determinar la de los organismos que se creen o modifiquen" (artículo 2°, núm. 5°) y para

fijar "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 incompatibilidades y *el régimen disciplinario*" (Art. 2°, numeral 6°; las subrayas no son del texto).

2. En cumplimiento y desarrollo del mandato del Legislador ordinario expresado en la citada Ley 12 de 1977, el Presidente de la República dictó una serie de Decretos. Ellos son: el 1650, el 1651, el 1652 y el 1653, todos del nombrado año de 1977, de los cuales, para lo que aquí se estudia, interesa, en primer lugar, al segundo de los enumerados, o sea, el Decreto Ley 1651 de 1977. Empero, del 1650 conviene destacar el artículo 47 que puntualiza la nueva naturaleza del ente administrador de los "*seguros sociales obligatorios*", que cambia su viejo nombre por el de INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y que, al definirlo como "*establecimiento público*" dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social" lo somete a la Dirección y Coordinación del Consejo Nacional de Seguros Sociales, que es la nueva autoridad administrativa que también creó, paralelamente, el Legislador Extraordinario.

En el Decreto Ley 1651 de 1977 cabe observar:

Clasifica los empleos del Instituto 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 (artículo 2°).

Los empleos "*administrativos*", a su turno, son clasificados así: a) "*de libre nombramiento y remoción*", reservados a los cargos de Director General, secretario general, subdirectores y gerentes seccionales; b) "*funcionarios de la seguridad social*", c) "*trabajadores oficiales*", vinculados por contratos de trabajo (aseadores, jardineros, electricistas, mecánicos, cocineros, celadores, lavanderos, costureros, planchadores de ropa y transportadores), al tenor del art. 3°, inc. 1°.

Los "*empleados de libre nombramiento y remoción*" están sujetos a las normas generales que rigen para los demás servidores públicos de esta categoría en la rama ejecutiva del poder (artículo 3°, primer inciso).

Los "*funcionarios de la seguridad social*" están vinculados a la administración del ISS por una *relación legal y reglamentaria de naturaleza especial*, que les confiere el derecho a celebrar convenciones colectivas con el ISS para modi-

ficar las asignaciones básicas de sus cargos (art. 3°, inciso tercero). Se ubican entre ellos los empleos no enumerados en el aparte precedente.

Los *funcionarios de la seguridad social*", a su vez, se subclasifican en cargos *discrecionales* –director de unidad programática local, jefe de oficina nacional, consejeros, asesores y, en general, los adscritos a las oficinas del director general– y en cargos *de carrera*, que son todos los demás (art. 5°). "Cuando así lo aconsejen las conveniencias de la administración, oído el concepto del Consejo Superior del Servicio Civil", puede ser variada la respectiva subclasificación.

En cuanto hace a las normas que rigen *la carrera especial de los funcionarios de la seguridad social*, el Decreto Ley 1651 de 1977 se ocupa tan sólo de quienes lleguen al servicio bajo la vigencia del mismo, estableciendo para ellos reglas acerca del ingreso, período de prueba, derechos que surgen con ocasión de las dos situaciones principales –en período de prueba y escalafonados–, obligaciones del ISS para con ellos y viceversa, etc. (arts. 6°, 23, 108, 115, 117, 118, 119, 134...). Sin embargo, de los "antiguos" trabajadores del ICSS, dice:

> "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".

De igual o semejante espíritu es el segundo parágrafo del artículo 35 del Decreto Ley 1652 de 1977 que reza:

> "Artículo 35. *De la planta de personal...*
>
> Las personas que prestan sus servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales serán nombrados 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*".

No hay duda alguna, por tanto, de que fue el propio legislador extraordinario, vale decir, el Presidente de la República en uso de las facultades que *pro-tempore* le otorgó la Ley 12 de 1977, quien estatuyó –decretos– 1651 y 1652, arts. 134 y 35, respectivamente, *la incorporación casi masiva* y casi automática de las personas que de atrás venían vinculadas al ICSS bajo la modalidad de los contratos laborales. La única excepción que señaló fue en cuanto "a las personas que reúnan los requisitos para gozar de pensión de jubilación, invalidez o vejez, o que estén disfrutando de cualquiera de las referidas pensiones, ni los miembros de las fuerzas militares o de policía que tengan asignación o pensión de retiro",

y quienes estén "*escalafonados a otras carreras*, salvo la docente" (artículo 119, D. Ley 1651/1977; se subraya).

El artículo 6° del Decreto Ley 1651 de 1977 es del siguiente tenor:

"*Del ingreso al servicio*. El ingreso al servicio se hará:

a) Por nombramiento ordinario cuando se trata de un cargo discrecional;

b) Por nombramiento en período de prueba cuando se trate de un cargo de carrera de funcionario de seguridad social".

Al armonizar lo indicado en los artículos 134 y 35 de los Decretos 1651 y 1652 de 1977, en su orden, con el artículo 6° del (sic) aquél, todo parece apuntar a entender que quienes antes estaban vinculados al ICSS mediante contratos de trabajo, fueron designados como funcionarios de seguridad social en cargos de carrera, aceptaron y se posesionaron, automáticamente fueron nombrados *en período de prueba*, o sea, que no necesitaron someterse a los requisitos o etapas previas del registro de aspirantes o del concurso de que habla el artículo 109 del Decreto 1651, sino que se repite, una vez nombrados y posesionados, ingresaron en el período de prueba de la carrera especial de los funcionarios de la seguridad social.

Del período de prueba se ocupa el artículo 117 del Decreto 1651 de 1977 explicando que tiene una duración de seis meses, "durante los cuales el Instituto evaluará el desempeño del funcionario en el cargo, *con el fin de decidir sobre su permanencia en el servicio y su incorporación a la carrera*".

A continuación, el artículo 118 *ibídem* dice:

"*De los efectos del período de prueba*. Durante el período de prueba el funcionario podrá ser discrecionalmente retirado del Instituto.

En ningún caso podrá excederse el término de seis meses a que se refiere el artículo 117 de este Decreto, sin que se produzca el retiro del funcionario o su inscripción en la carrera dentro de los ocho días siguientes, previa evaluación de servicios. Si venciera dicho término sin que el funcionario fuese retirado del Instituto, *se entenderá que ha sido calificado satisfactoriamente*, y la administración deberá proceder, en todo caso, a su inscripción en la carrera.

El incumplimiento de esta obligación constituye falta grave".

C. Trayendo todo lo anterior a lo que atañe a la situación fáctica del doctor Isidoro José Castilla Navarro, actor en este asunto, se observa que se vinculó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, por contrato de trabajo, *el 8 de marzo*

*de 1963*; en esa misma relación contractual, mas como "asistente técnico de la División Nacional de Administración de Riesgos", cuando pasó al de "Jefe del Departamento de Pensiones" de la misma División, cuando, en cumplimiento del artículo 134 del Decreto 1651 de 1977, fue designado "Jefe de Sección de Prestaciones Económicas" (Clase II, grado 30) de la Subdirección Financiera, posesionándose el 20 de febrero de 1980.

Dedúcese de lo anterior que, cuando fue nombrado por Resolución No. 3903 de 8 de octubre de 1981 como "Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas" (Tesorero, Clase III, Grado 32) de la Seccional del Atlántico, ya se había cumplido el período de seis meses correspondiente al *período de prueba* y que el ISS debió proceder a su inscripción en la carrera, por entenderse calificado satisfactoriamente (art. 118). Y aunque en verdad no lo hizo el ISS, al haber sido ascendido en clase y en grado después de vencido ese período de prueba, no puede repercutir en él ese "incumplimiento" que para el funcionario del ISS que tal cosa no hizo, era una obligación cuyo olvido "constituye falta grave".

D. De manera que aún sin tomar en cuenta lo dispuesto por el Decreto (Reglamentario) 413 de 1980, sino solamente las normas de tipo legal que se han venido comentando, surge de modo indubitable que el director general del ISS no podía declarar insubsistente sin motivación el nombramiento del actor en el caso *sub-judice*. Hubiera podido hacerlo así como lo hizo, con arreglo al artículo 124 del Decreto 1651 de 1977 tantas veces citado. Si bien no estaba formalmente inscrito en carrera, estaba cobijado por las reglas y garantías que son propias de ella ante la omisión en que incurriere el ISS al no hacer la inscripción a que estaba obligado. Recuérdese que de conformidad con el artículo 118 del Decreto 1651 de 1977, al vencerse el período de prueba, el ISS debe, o retirar discrecionalmente al funcionario, o proceder a la inscripción en la carrera.

E. El acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del demandante, por lo tanto, está viciado de nulidad y así debe ser declarado por la Sala; a título de restablecimiento del derecho, habrá que concretarse a las demás *peticiones que contiene el libelo y que fuesen procedentes*.

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

**FALLA:**

Primero. Declárase la nulidad de la Resolución No. 5781 de 1982 –16 de diciembre– emanada de la Dirección General del Instituto de Seguros Sociales,

y por la cual se decretó la insubsistencia del nombramiento hecho al doctor Isidoro José Castilla Navarro como Jefe de la Sección de Tesorería y Cobranzas (Tesorero, Clase III, Grado 32) de la Seccional del Atlántico.

Segundo. A título de restablecimiento del derecho, ordénase al Instituto de Seguros Sociales el reintegro al cargo antes mencionado o a otro de igual o superior categoría; así como el reconocimiento y pago de las sumas que por todo concepto haya dejado de devengar desde cuando se produjo su desincorporación hasta el reintegro.

Tercero. Declárase que para todos los efectos legales se tiene como sin solución de continuidad el tiempo de servicio del doctor Isidoro José Castilla Navarro, desde la fecha en que se decretó la insubsistencia hasta aquella en que se lleve a cabo su reintegro.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 9 de marzo de 1990.

*Alvaro Lecompte Luna*, *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, con Salvamento de Voto; *Joaquín Barreto Ruíz*, Salvamento de Voto; *Guillermo López Guerra*, Conjuez; *Ignacio Reyes Posada*, Conjuez.

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

**FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL** - (Salvamento de Voto)

**No aparece previsto legalmente el ingreso masivo a la carrera de la seguridad social, sino, a lo sumo, a la planta de personal, como tampoco está previsto que las reglas sobre ingreso a la carrera sean solamente para quienes se vinculan posteriormente, bajo la vigencia del Decreto 1651 de 1977.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.*- Bogotá, D.E., veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. 1799. Actor: ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO.

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DR. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER**

Me veo en la necesidad de discrepar de la decisión adoptada por la Sala al fallar este proceso, por las razones que sumariamente expongo a continuación.

1. La sentencia, tras referirse a la Ley 12 de 1977, por la cual se revistió al Presidente de la República de las facultades extraordinarias para determinar la estructura, régimen y organización de los Seguros Sociales obligatorios y de las entidades que los administran, discurre sobre la clasificación que de empleos se hace en el Decreto 1651 en "asistenciales" y "administrativos", subdivididos éstos en tres categorías, a saber, "de libre nombramiento y remoción", "funcionarios de la seguridad social" y "trabajadores oficiales" y, a su turno, los de *funcionarios de seguridad social* en "discrecionales" y "de carrera". (Fols. 147-149).

Analizando luego las normas que rigen la *carrera especial* de los funcionarios de la seguridad social, afirma que "el Decreto Ley 1651 de 1977 *se ocupa tan sólo de quienes llegan al servicio bajo la vigencia del mismo*, estableciendo para ellos reglas acerca del ingreso, período de prueba, derechos que surgen con ocasión de las dos situaciones principales –en período de prueba y escalafonados–, obligaciones del ISS para con ellos y viceversa, etc. (arts. 6, 23, 108, 115, 117, 118, 119, 143...)".

Y agrega que el artículo 134 se refiere a los *antiguos trabajadores del ICSS*, y que "de igual o semejante espirítu es el segundo parágrafo del artículo 35 del Decreto Ley 1652 de 1977". (Fols. 149-150).

De todo lo cual concluye que fue el propio legislador extraordinario quien estatuyó "la incorporación casi masiva y casi automática de las personas que de atrás venían vinculadas al ICSS bajo la modalidad de contratos laborales".

Esta es la tesis medular del fallo. Allí, como se advierte, se presenta una nueva clasificación de los empleados del ISS en *nuevos* y *antiguos*, explicando que el Decreto 1651 "se ocupa tan sólo de quienes lleguen al servicio *bajo la vigencia del mismo*", es decir, los *nuevos*, los únicos a quienes son aplicables las reglas allí previstas sobre la carrera ("estableciendo para ellos reglas acerca del ingreso, período de prueba..."). A los antiguos, en cambio, se refiere al artículo 134.

Este planteamiento es erróneo, por cuanto el Decreto 1651 no trae esa discriminación entre antiguos y nuevos ni determina que sólo a los últimos sea aplicables las disposiciones sobre el ingreso a la carrera.

También es errónea, por lo mismo, la conclusión que de tal presupuesto se hace derivar:

> "No hay duda alguna, por tanto, de que fue el propio Legislador Extraordinario... quien estatuyó –Decretos 1651 y 1652, arts. 134 y 35, respectivamente– *la incorporación casi masiva* y casi automática de las personas que de atrás venían vinculadas al ICSS bajo la modalidad de los contratos laborales". (Fol. 150).

Ahora bien, las normas en que se apoya la tesis no dan para esa incorporación masiva a la carrera.

El artículo 134 del Decreto 1651 es del siguiente tenor:

> "Las personas que al entrar en vigencia al presente Decreto tengan celebrados contratos individuales de trabajo con el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, serán nombrados en los empleos de planta de personal

que adoptará el Instituto de Seguros Sociales. Si aceptaren la designación, procederán a tomar posesión de sus cargos.

Se exceptúan las personas que de acuerdo con el presente estatuto tuvieren la calidad de trabajadores oficiales".

Y el artículo 35 del Decreto 1652 de 1977 dice:

"*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 presten servicios al Instituto 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."

De los textos transcritos se ve claramente que lo dispuesto en ellos se refiere a los empleados del Instituto de Seguros Sociales vinculados, como ocurría, por contratos de trabajo, los cuales deberían ser nombrados en la nueva planta de personal. A esos mismos empleados se refieren también las normas sobre el ingreso a la carrera (arts. 108, 109, 117, 118...). No aparece, pues, previsto legalmente el ingreso masivo a la carrera de seguridad social, sino, a lo sumo, a *la planta de personal*, como tampoco está previsto que las reglas sobre el ingreso a la carrera sean solamente para quienes se vinculen posteriormente, *bajo la vigencia del Decreto 1651*.

2. Una segunda conclusión trae la sentencia que admite glosa: partiendo del texto del artículo 6º del Decreto 1651, donde se define que *el ingreso al servicio* se efectúa por nombramiento ordinario o por nombramiento en período de prueba según se trate de cargos discrecionales o de cargos de carrera, dice el fallo:

"Al armonizar lo indicado en los arts. 134 y 35 de los Decretos 1651 y 1652 de 1977, en su orden, en el art. 6º de aquél, todo parece apuntar a entender que quienes antes estaban vinculados al ICSS mediante contratos de trabajo, fueron designados como funcionarios de seguridad social en cargos de carrera, aceptaron y se posesionaron, *automáticamente fueron nombrados en período de prueba* o sea, que no necesitaron someterse a los requisitos o etapas previas del registro de aspirantes y del concurso de que habla el art. 109 del Decreto 1651, sino que, se repite, una vez nombrados y posesiona-

dos, ingresaron en el período de prueba de la carrera especial de los funcionarios de la seguridad social". (Fols. 150-151).

Esta conclusión, así se plantee en forma dubitativa ("todo parece apuntar"), también resulta inadmisible.

**EN EFECTO:**

a) No da la ley base alguna para suponer siquiera que todos aquellos empleados con contrato de trabajo pasaron a ser funcionarios de carrera. Lo que la ley ordena es que sean "nombrados en la planta de personal".

b) Los cargos de funcionarios de la seguridad social *no son todos* de carrera: unos son de carrera y otros discrecionales. Así que la conclusión va más allá de los presupuestos en que se apoya.

c) No existe, que se sepa, el fenómeno de que alguien sea "automáticamente nombrado en período de prueba", así como lo da por sentado la sentencia. El artículo 6º del Decreto 1651 es claro cuando explica que "el ingreso al servicio se hará: a) por nombramiento ordinario cuando se trate de un cargo discrecional; b) por nombramiento en período de prueba cuando se trate de un cargo de carrera de funcionario de seguridad social".

d) No aparece demostrado que el actor hubiese sido nombrado en período de prueba.

3. Tras haber sentado la premisa del *nombramiento automático* del actor de período de prueba, se discurre la sentencia, analizando el artículo 117 del Decreto 1651, que "en ningún caso podrá excederse el término de seis meses a que se refiere el artículo 117 de este decreto, sin que se produzca el retiro del funcionario o su inscripción en la carrera dentro de los ocho días siguientes, previa evaluación de servicios. Si venciera dicho término sin que el funcionario fuese retirado del instituto, *se entenderá que ha sido calificado satisfactoriamente*, y la administración deberá proceder, en todo caso, a su inscripción en la carrera". (Fols 151-152).

Y deduce, dentro de esta lógica, que, como el demandante fue nombrado jefe de la Sección de Prestaciones Sociales en febrero 20 de 1980 en cumplimiento del artículo 134 del Decreto 1651, cuando más tarde se le designó Jefe de la Sección de Tesoreria y Cobranzas –octubre 8 de 1981–, "ya que se había cumplido el período de seis meses correspondiente al período de prueba" y el ISS debió proceder a su inscipción en la carrera por entenderse calificado satisfactoriamente (Fol. 152).

Esta deducción sería correcta en el supuesto de la situación normal de funcionarios designados en período de prueba con arreglo al mismo decreto; pero no lo es en el caso realmente excepcional que en el artículo 134 se plantea, con referencia al personal en tránsito del antiguo al nuevo sistema.

Claramente se ve que esta conclusión quebranta las normas del silogismo al exceder el alcance de las premisas, ya que carece de respaldo en la ley y en las pruebas la afirmación de que el actor fuese nombrado en período de prueba.

4. Es conveniente recordar que ya que la Sala Plena se pronunció sobre este tema en sentencia de agosto 24 de 1989 (Exp. No. A- 049, Actor: Jorge E. Penagos Cuéllar, Ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado), donde dijo la Corporación, refiriéndose al Decreto 1651 de 1977:

> "Lo que el Decreto Ley reglamentado señala sin ambigüedad 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".

*Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

**FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL** - (Salvamento de voto)

**No es cierto que los "empleos administrativos" del Instituto de Seguros Sociales se clasifiquen en de libre nombramiento y remoción, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales, como lo dice la sentencia, pues esta clasificación según los arts. 2° y 3° del Decreto Extraordinario 1651 de 1977, de una parte se refiere a los empleados y no a los empleos o cargos; y de otra, comprende a quienes ocupan cargos tanto asistenciales como administrativos.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.*- Bogotá, D.E., veintidos (22) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. 1799. Autoridades Nacionales. Actor: Isidoro José Castilla Navarro.

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DR. JOAQUIN BARRETO RUIZ**

Por compartir las razones expuestas por el M. Consejero Reynaldo Arciniegas B. en su salvamento de voto a la sentencia proferida dentro de este proceso, hago propios los planteamientos en él consignados.

De otra parte, considero oportuno hacer las siguientes precisiones:

a) No es cierto que los "empleados administrativos" del Instituto de Seguros Sociales se clasifiquen en de libre nombramiento y remoción, funcionarios de Seguridad Social y trabajadores oficiales, como lo dice la sentencia en su página 38; pues esta clasificación, según las voces de los artículos 2° y 3° del Decreto

Extraordinario 1651 de 1977, de una parte se refiere a los empleados y no a los empleos o cargos; y de otra, comprende a quienes ocupan cargos tanto asistenciales como administrativos.

b) La sentencia hace caso omiso a disposiciones, con categoría de ley, que no permitan llegar a la interpretación dada mayoritariamente por la sala, tales como el artículo 23 del citado Decreto 1651 según el cual los funcionarios de Seguridad Social tienen derecho a ingresar a la carrera pero "en forma y condiciones previstas en este decreto"; el 108 que exige el ingreso a la carrera se haga "por resolución de inscripción, previa realización de un concurso y una vez superado el período de prueba"; y el artículo 117, que precisa que el período de prueba es la "última fase del proceso de selección", que de acuerdo con el artículo 109 comprende el registro de aspirantes, el concurso, el nombramiento y el período de prueba durante el cual debe evaluarse el desempeño del funcionario.

c) El actor estructuró el concepto de la violación con base en algunas previsiones del Decretro Reglamentario 413 de 1980, que como la contenida en el artículo 69, a mi juicio fueron expedidas con clara extralimitación de la facultad que al Presidente de la República se le asigna al ordinal $3^{o}$ del artículo 120 de la carta, y que la sala se abstuvo de considerar, para circunscribirse a desarrollar una tesis diferente a la esgrimida por el demandante; la de que "ope legis" se produjo su ingreso a la carrera y por ende fue removido irregularmente de su cargo.

*Joaquín Barreto Ruíz.*

**CARRERA DE LAS FISCALIAS/ CALIFICACION DE SERVICIOS/ CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA DE LAS FISCALIAS** - Administración/ **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** - Funciones

**La calificación de servicios de los fiscales le corresponde a la Procuraduría General de la Nación, pero no precisa el funcionario o funcionarios a quienes corresponde efectuarla. En el evento que ella corresponda al Procurador General, debe tenerse en cuenta que el Decreto 521 de 1971 autoriza al Procurador para delegar, total o parcialmente, en funcionarios de la Procuraduría atribuciones que le hayan sido dadas por la ley y que no constituyan desarrollos directos de sus funciones constitucionales.**

**La Sala de Decisión no ve la violación manifiesta que pueda haber entre la función de administrar la Carrera de las Fiscalías y la facultad de delegar algunas de las funciones, que según el acto acusado, son propias del Procurador.**

*REVOCASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 2º a 6º de la Resolución 124 de 1988 (diciembre 6) del Procurador General de la Nación.*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Sala de Decisión.*- Bogotá, D.E., veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruíz.*

Referencia: Expediente No. 4232. Autoridades Nacionales. Actor: Jaime Alfonso Jiménez.

Resuelve la Sala de Decisión el recurso ordinario de súplica interpuesto por la Nación contra la suspensión provisional de los artículos 2° a 6° de la Resolución 124 de diciembre 6 de 1988 del Procurador General de la Nación, ordenada mediante el auto del Consejero Ponente dictado el 30 de agosto de 1989 (fls. 37- 47).

***La providencia recurrida.*** Después de transcibir los artículos 2° a 6° de la mencionada resolución 124, se consideró:

"El Estatuto de la Carrera Judicial trae el Título XIII las normas que se refieren a la Carrera en las Fiscalías y establece concretamente en su artículo 104 que "la Carrera en las Fiscalías será administrada por el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías, el Procurador General de la Nación y los Fiscales, con el apoyo técnico, y administrativo y operativo de la Procuradoría Delegada para el Ministerio Público y las Procuradurías Regionales".

Se sigue de esta norma que para la administración de la Carrera la autoridad suprema corresponde al Consejo Superior, no al Procurador General de la Nación y, por otra parte, que el Procurador Delegado para el Ministerio Público tiene señalada la función específica de aportar el "apoyo técnico, administrativo y operativo".

Esta sola norma da base suficiente para concluír que la delegación hecha al Procurador Delegado por el Procurador General para la calificación de servicios de los Fiscales constituye un desconocimiento evidente del precepto legal.

Si adicionalmente se tiene en cuenta que conforme al artículo 47 del Estatuto, aplicable al Ministerio Público por remisión del artículo 108, la calificación de la calidad de trabajo y de la actualización de conocimientos "corresponde hacerla a los respectivos superiores jerárquicos o funcionales", se cae de su peso que la delegación hecha por el Procurador General es contraria a este expreso mandato legal. No puede el Procurador General, en ejercicio de sus facultades conferidas por la ley para efectos específicos diferentes, cambiar, alterar o modificar las funciones que el Estatuto confiere expresamente a determinados funcionarios: al Procurador Delegado le corresponde solamente servir de "apoyo técnico, administrativo y operativo", como el propio Estatuto lo puntualiza.

Cabe señalar, finalmente, que las normas que invoca el señor Procurador General de la Nación para expedir la resolución acusada "en uso de sus facultades constitucionales y legales", no dan para tanto, según lo hace notar el demandante. Basta leer el texto de aquélla para advertir, sin dificultad, que se salen del contexto previsto en el Estatuto de la Carrera Judicial.

En mérito de estas breves consideraciones y sin que ello pueda constituir un prejuzgamiento condicionante de la decisión final, es el caso de disponer la suspensión provisional solicitada, por darse los presupuestos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo".

***El recurso***. Está dirigido para que se revoque la suspensión provisional y se apoya, implícitamente, en el argumento central de que tal medida solo es viable decidirla con fundamento en la sustentación expresa que haya expuesto el demandante, aparte de la violación manifiesta de las normas superiores exigida en el artículo 152 del C.C.A.

## PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. Es evidente que las consideraciones de la providencia recurrida fueron alegadas en la sustentación que hizo el demandante en su solicitud de suspensión provisional (fis. 18 y 19 ). Luego, no acierta el recurrente cuando da a entender lo contrario.

2. No obstante, como el recurso de súplica interpuesto es ordinario y por ello no tiene los límites estrictos de los recursos extraordinarios en los cuales su prosperidad depende de los argumentos acertados que el recurrente haya esgrimido, la Sala procede a verificar los requisitos que trae el texto del artículo 152 del C.C.A., vigente cuando se interpone el recurso, en orden a establecer si fueron cumplidos por la providencia recurrida.

La norma exige, en las acciones de nulidad como la presente, que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir mediante una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas. Aquí no existe aspecto probatorio que incida en la acción, siendo el asunto, pues, de puro derecho.

Con arreglo a los mandatos del artículo 47 del Decreto Extraordinario 52 de 1987, la calificación de servicio de los Fiscales le corresponde a la Procuraduría General de la Nación, pero no precisa el funcionario o funcionarios a quienes corresponde efectuarla.

En el evento de que ella corresponda al Procurador General de la Nación –presupuesto del cual parte el acto impugnado que delega esta función– debe tenerse en cuenta que el Decreto Extraordinario 521 de 1971, autoriza al Procurador para delegar, total o parcialmente, en funcionarios de la Procuraduría atribuciones que le hayan sido dadas por la Ley y que no constituyen desarrollos directos de sus funciones constitucionales.

Lo anterior, sumado a la circunstancia de que el artículo 104 del Decreto 52 de 1987 la haya asignado al Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías,

al Procurador General de la Nación y a los Fiscales la función de administrar la Carrera de las Fiscalías, con el apoyo del Procurador Delegado para el Ministerio Público y de las Procuradurías Regionales, para determinar la eventual violación de la norma superior es necesario absolver entre otros, interrogantes tales como si la función de calificar corresponde efectivamente al Procurador General y el tal evento si es función delegable según los términos del Decreto Extraordinario 521 de 1971, todo lo cual no se puede percibir mediante la sencilla comparación del acto acusado con la norma que se dice violada.

La Sala de Decisión no ve la violación manifiesta que puede haber entre la función de administrar la Carrera de las Fiscalías y la facultad de delegar alguna de las funciones, que según el acto acusado, son propias de Procurador.

Tampoco aprecia impedimento alguno para que el Procurador Delegado para el Ministerio Público, aparte de ejercer las funciones propias que le atribuye el artículo 104 del Decreto 52 de 1987, puede cumplir las que por delegación les asigne el Procurador, lo cual no implica, obviamente, cambiar, alterar ni modificar las funciones directamente atribuidas por la Ley al Procurador Delegado.

Por lo tanto, la Sala revocará la suspensión provisional ordenada respecto del artículo 2º de la resolución acusada.

En lo atinente a los artículos 3º a 6º, por cuanto en su confrontación con el Decreto 52 de 1987 no se observa una oposición manifiesta con la norma superior, y teniendo en cuenta que el acto acusado invoca dentro de sus fundamentos legales los artículos 34 y 35 del Decreto Extraordinario 521 de 1971, que se refieren a la competencia del Procurador para asignar, redistribuir y determinar funciones y para reglamentar la distribución del trabajo y la organización interna de empleados y dependencias, la Sala considera que se cumplen las exigencias legales para decretar su suspensión.

En mérito de lo dicho, la Sala de Decisión,

**RESUELVE:**

1. REVOCASE la suspensión provisional de los artículos 2º a 6º de la resolución acusada, dispuesta por el acto suplicado y, en su lugar, se dispone; Niégase la medida solicitada.

Cópiese y notifíquese.

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna.*

*Miguel Antonio Perilla P.* Secretario.

## CARRERA DE LAS FISCALIAS/ CALIFICACION DE SERVICIOS

**Los meses de abril y mayo para realizar las calificaciones de servicios, son los taxativamente precisados en el Decreto Ley, y es innegable que un acto administrativo, por más loables que sean sus fines, no puede variar la oportunidad que aquél estableció.**

*DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del parágrafo transitorio del artículo 8º de la Resolución 150 de 1989 y de todo el texto de la Resolución 187 de 1989, expedidas por el Procurador General de la Nación.*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.*- Bogotá, D.E., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4712. Autoridades Nacionales. Actor: Hernán Augusto Zapata Henao.

De conformidad con lo preceptuado por el art. 32 del Decreto Ley 2304 de 1989 –7 de octubre– ("Diario Oficial", Año CXXVI –No. 39.013– sábado 7 de octubre de 1989 –vigente desde dicha fecha–"), que subrogó el art. 154 del C.C.A., pasa la sección al análisis de la demanda que, con solicitud de *suspensión provisional* y en ejercicio de la acción de nulidad, ha incoado el ciudadano *Hernán Augusto Zapata Henao* contra los arts. 1º, 2º y su parágrafo 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y su parágrafo transitorio; 9º y 10 de la Resolución 150 de 1989 –26 de julio– y los arts. 1º y 2º de la Resolución 187 de 1989 –30 de agosto– expedidas por el señor Procurador General de la Nación, y en virtud de las cuales, respectivamen-

te, "se dispone la calificación de servicios de los Fiscales" y "se modifica la Resolución No. 150 de 1989, emanada de este Despacho".

## I

En verdad, el libelo reúne los requisitos señalados en los arts. 137, 138 (modificado por el art. 24 del Decreto Ley 2304 de 1989) y 139 (modificado por el art. 25 *ibídem*) del C.C.A. y, en consecuencia, ha de procederse a su admisión al tenor de lo establecido en el art. 207 (modificado por el art. 46 del Decreto Ley citado) del mencionado Código.

## II

En cuanto atañe a la suspensión provisional del respectivo articulado de los actos administrativos de carácter genérico que se acusan, formula el demandante los siguientes planteamientos:

a) Que la resolución No. 150 de 1987, al disponer la calificación de servicios de los fiscales, en cuanto a la convocatoria, forma de efectuar la calificación, pautas a seguir, puntaje y fecha de realización de las pruebas, es abiertamente contrario al Decreto Ley 052 de 1987 pues "se usurpan funciones claramente señaladas a otras entidades y demás se hace una aplicación indebida de las normas, todo lo cual redunda en un acto abiertamente ilegal". A continuación analiza el Título XIII del Decreto Ley 052 de 1987 que establece la "Carrera de las Fiscalías" y especialmente el art. 104, igual que el art. 108, inciso 2$^{o}$ Título V de la misma normatividad, amén de sus arts. 44, 46, 47, 48 y 49.

b) Estima que asimismo los actos acusados quebrantan manifiestamente el Decreto Ley 50 de 1987, que hizo lo propio respecto al Estatuto Penal Aduanero, y el Decreto Ley 54 de 1987, –que toca aspectos atenientes al servicio de defensoría Pública y a la creación o implantación del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, igual que los Decretos Reglamentarios Nos. 1200, 1201 y 2236 de 1987, y 2666 de 1988.

## PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El llamado "Estatuto de la Carrera Judicial" (Decreto Ley 52 de 1987) contiene en su Título XIII, tal como dice el demandante, las normas que específicamente se refieren a la "Carrera de las Fiscalías"; en su art. 104 señala que "la Carrera de las Fiscalías será administrada por el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías, el Procurador General de la Nación y los Fiscales, con

el apoyo técnico, administrativo y operativo de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público y las Procuradurías Regionales".

Infíerese de lo anterior que la autoridad administrativa de la Carrera de las Fiscalías reposa en el Consejo Superior respectivo, en el Procurador General de la Nación y en los Fiscales, conjuntamente, pero también les están asignadas ciertas funciones separadas. En efecto según el art. 105 del citado Decreto Ley 52 de 1987 –enero 13–, al mencionado Consejo –del que forma parte, por sí o por su delegado, el Procurador General (art. 105)– le corresponde "fijar las políticas y programas para las convocatorias, selección, ingreso y ascenso en la Carrera"; "efectuar las convocatorias a concursos para la integración de las listas de Fiscales de Tribunales y de empleados de las Fiscalías del Consejo de Estado, con calificación de sus antecedentes y remitirlas a sus nominadores"; "inscribir en la carrera a los empleados"; "resolver los recursos de reposición; formular la política de capacitación, para los concursos de selección y los concursos de ingreso a la Carrera y para la conformación de listas".

Pero, simultáneamente, el Decreto Ley 52 de 1987 otorga al Procurador General ciertas facultades en relación con la Carrera de las Fiscalías, puesto que, al remitir el art. 108 a las disposiciones que atañen a la Carrera Judicial, resulta que "*la calificación* de la calidad de trabajo y de la actualización de conocimiento de los funcionarios y empleados judiciales corresponde hacerla a los respectivos *superiores jerárquicos o funcionales* (y la conducta, organización y rendimiento a la Procuraduría General de la Nación (declarado inexequible –Corte Suprema de Justicia, Sent. núm. 64), *la que además calificará* todos los aspectos delos funcionarios y empleados de las Fiscalías", como reza el art. 47" (subraya la Sala).

De suerte que a la Procuraduría General de la Nación, corresponde calificar todos los aspectos de los funcionarios y empleados de las Fiscalías, sin que aparezca claramente atribuida al Procurador la calidad de superior jerárquico o funcional respecto de los Fiscales, disponiendo la Resolución No. 150 de 1987 "la calificación de servicios de los Fiscales", es apenas obvio que no puede clasificarse de ostensible o manifiesta la violación que de norma de mayor jerarquía, le es endilgada por el demandante, máxime si, de acuerdo al art. 110 del Decreto Ley 52 de 1987, a "los Procuradores Regionales", a quienes se atribuye por el acto acusado la labor de efectuar las visitas ordinarias a los despachos de los Fiscales, les es atribuida la facultad de efectuar ciertas labores, sería necesario analizar a espacio si lo que les atribuye la resolución demandada –la 150 de 1989–, quebranta las normas legales que a ellos se refieren, lo que escapa a las circunstancias que el art. 152 del C.C.A. señala para la suspensión provisional.

Sinembargo, en cuanto atañe al parágrafo transitorio del art. 8° de la Resolución No. 150 de 1987, quepa recalcar que la consideración que trae el acto de que por no existir los presupuestos para realizar las clasificaciones de servicios en los meses de abril y mayo que señala la Ley, da lugar a disponer, por medio de la Resolución No. 150 y después por la Resolución 187, que se realizarán en fechas distintas (agosto y septiembre de 1989 y ampliación hasta el 30 de octubre, respectivamente), no es de recibo, dado que aquellos meses –abril y mayo– son los taxativamente precisados en el Decreto Ley, y es innegable que un acto administrativo, por más loables que sean sus fines, no puede variar la oportunidad que aquel estableció imperativamente.

No habrá, pues, de accederse a la suspensión provisional de los artículos acusados de la Resolucción No. 150 de 1987, salvo la del parágrafo transitorio del art. 8° y la de todo el texto de la Resolución No. 187 de 1989, pese a que hayan perdido su vigencia.

En virtud de todo lo expuesto,

**SE RESUELVE:**

1. Admítese la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad, ha presentado el ciudadano HERNAN AUGUSTO ZAPATA HENAO contra la Nación (Procuraduría General de la Nación). Por tanto, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Procurador General de la Nación, conforme al art. 150 del C.C.A.

b) Notifíquese personalmente al Ministerio Público-Fiscal Quinto del Consejo de Estado.

c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que los demandantes o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d) Solicítese a la Procuraduría General de la Nación el envío de los antecedentes administrativos de los actos acusados, si los hubiere, dentro del término de cinco (5) días.

e) No hay lugar al señalamiento de la suma a que se refiere el numeral 4° del art. 207 del C.C.A., según la modificación introducida por el art. 46 del Decreto Ley 2304 de 1989.

2. Decrétese la SUSPENSION PROVISIONAL del parágrafo transitorio del art. 8° de la Resolución 150 de 1989 –26 de julio– y de todo el texto de la

resolución 187 de 1989 –30 de agosto– expedidas por el Procurador General de la Nación, y deniégase la SUSPENSION PROVISIONAL de los arts. 1°, 2° y su parágrafo 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° (salvo su parágrafo), 9°, y 10 de la Resolución 150 de 1989.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 9 de marzo de 1990.

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

*Miguel A. Perilla P.* Secretario.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION/ PRUEBA RECOBRADA**

**Para que la causal alegada se configure es preciso que esas pruebas recobradas sean decisivas, es decir, que de haberlas tenido el fallador a la vista hubiera resuelto de modo diferente.**

**PROCESO DISCIPLINARIO/ INSUBSISTENCIA/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION/ PRUEBAS RECOBRADAS**

**A pesar de haberse iniciado un proceso disciplinario, el empleado inculpado, si es de libre nombramiento y remoción no adquiere por ese sólo hecho garantía de estabilidad y bien puede ser declarado insubsistente, no para sancionarlo anticipadamente sino porque la autoridad nominadora estime que su permanencia en el cargo no favorece la acertada y eficiente prestación del servicio.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.-* Bogotá, D.E., veintitres (23) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejera ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 2679. Recurso de Revisión. Actor: Luis Arturo Zuloaga Toro.

El señor Luis Arturo Zuloaga Toro, mediante apoderado, interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida el 12 de abril de 1985 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico.

## ANTECEDENTES:

El recurrente solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca disponer la nulidad de la Resolución 608 (febrero 4) de 1980, expedida por el Jefe del Departamento de Aeronáutica Civil y mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en esa entidad en el cargo de Profesional Universitario Código 3020 Grado 06, de Instalaciones Aeronáuticas, Zona No. 3-Barranquilla. Pidió también el restablecimiento del derecho.

Basó su petitorio, fundamentalmente en el hecho de que si bien se trataba de un funcionario sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, con anterioridad a la declaratoria de insubsistencia se había iniciado en su contra un proceso disciplinario y que puesto que este proceso no había finalizado al producirse el retiro del servicio, se vulneró su derecho a la defensa dado que con esa desvinculación se le estaría sancionando por la comisión de faltas supuestas o inexistentes.

## LA SENTENCIA RECURRIDA

Por competencia, el proceso fue remitido al Tribunal Administrativo del Atlántico y éste, en la sentencia aquí recurrida, despachó negativamente las súplicas de la demanda, argumentando al efecto, lo siguiente:

> "... la Sala observa que a folio 77 del expediente se encuentra una certificación del Secretario (sic) General del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en el cual se afirma que al momento de ser declarada la insubsistencia del señor Luis Arturo Zuloaga Toro, ya la investigación iniciada había terminado. No encuentra el Tribunal ninguna prueba idónea en el expediente que desvirtue (sic) la certificación de un funcionario público, la cual debe presumirse verídica mientras no se compruebe lo contrario. Por otra parte, tampoco se trajo a juicio el antecedente del proceso disciplinario que se siguió contra el demandante, para saber a ciencia cierta si el certificado expedido por el señor Secretario General del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil carece de veracidad. En estas circunstancias hay que presumir (...) que los motivos para declarar la insubsistencia del actor obedecieron a razones del buen servicio y no a otra causa...".

## EL RECURSO INTERPUESTO

Dice el recurrente: "como causal de Revisión contra la sentencia de Unica Instancia, proferida por el Tribunal del Atlántico, que se recurre, me permito

invocar la contenida en el numeral 2° del artículo 188 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.)...".

En el libelo se advierte que la sentencia se fundamentó en una certificación falsa porque cuando se produjo la insubsistencia no había concluido la investigación disciplinaria. Y agrega que con posterioridad a la sentencia "se han recobrado piezas fundamentales que desde luego habrían generado una decisión muy distinta a la adoptada por el Tribunal", a saber: el Acta de 12 de noviembre de 1980, de la Comisión de Personal de la Aeronáutica Civil, y la Resolución de la misma Comisión de fecha 23 de noviembre de 1982, que ordenó archivar el expedinte disciplinario abierto contra Zuloaga Toro, por considerar que se incurrió en vicio de procedimiento.

## EL CONCEPTO FISCAL:

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado estima que no procede revisar la sentencia impugnada, y dice sobre el particular:

> En opinión de esta Agencia Fiscal, la causal de revisión invocada no se configura, toda vez que así hubiesen obrado en el proceso, la decisión necesariamente habría sido la misma, ya que la iniciación y trámite de un proceso **disciplinario** no enerva la facultad discrecional para remover a los funcionarios sujetos a ella, pues el juicio iniciado no les confiere ninguna relativa inamovilidad.
>
> "Además, no se quebranta el derecho de defensa por la desvinculación de la Administración del disciplinado, pues el proceso continúa y culmina independientemente de su permanencia o no en la entidad".

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

## CONSIDERACIONES:

La causal de revisión invocada en la contenida en el numeral 2° del artículo 188 del C.C.A., que antes de la modificación introducida por el Decreto 2304 de 1989 era el siguiente tenor:

> "Cuando se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente".

Se traen como piezas recobradas: el Acta No. 1 de 12 de noviembre de 1980, de la Comisión de Personal del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y la Resolución sin número de 23 de noviembre de 1982, emanada de la misma Comisión.

El primer documento hacía parte del expediente disciplinario que se tramitaba contra el señor Luis Arturo Zuloaga en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil cuando se pidieron por el actor y por la entidad demandada las pruebas dentro del proceso adelantado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y el segundo se produjo antes de qu se expidiera el fallo cuya revisión se solicita.

Ha sostenido la jurisprudencia, que pruebas recobradas con posterioridad a la sentencia son aquellas que, cuando el fallo se produce, no fueron allegadas al expediente sin culpa ni omisión del interesado. Tal criterio fue consagrado expresamente en la modificación que a esta causal introdujo el Decreto 2304 de 1989 así:

> "Si se recobraren pruebas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria".

Puesto que el argumento central de la demanda presentada ante el Tribunal consistía en sostener que no podía ser declarado insubsistente el señor Luis Arturo Zuloaga Toro por haberse iniciado contra él una investigación disciplinaria, lo que pretendió probar fue precisamente que sí existía tal investigación.

La parte contraria, según se desprende de las piezas recobradas y del expediente mismo, no permitió que se estableciera la existencia del proceso disciplinario, pues incumpliendo el auto de pruebas dictado por el Tribunal en el cual se ordenaba el envío de la hoja de vida del señor Zuloaga y del proceso disciplinario, exigió el pago de unos emolumentos que ocasionarían las fotocopias y su autenticación, cuando el Tribunal ordenó enviar los documentos originales.

Y no solo no los remitió sino que indujo a error con la certificación que obra al folio 77 del expediente 80-3740 según la cual la Doctora Miriam Ortíz de Turizo, Secretaria General del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil afirmó que al momento de ser declarado insubsistente el actor, la investigación disciplinaria había terminado, hecho no ajustado a la verdad pues los documentos recobrados demuestran que sólo hasta el 23 de noviembre de 1982 se archivó tal investigación por adolecer de vicios procedimentales.

Para la Sala es claro que se recobraron piezas que no pudieron ser allegadas al expediente sin que mediara negligencia o culpa de quien había solicitado la prueba, y por obra de la parte contraria.

Es cierto igualmente que el Tribunal desestimó el principal argumento de la demanda, aduciendo que la existencia del proceso disciplinario al momento de producirse la insubsistencia no había sido probada, y que por el contrario, con la certificación mencionada se había establecido su previa finalización.

Sin embargo, para que la causal segunda alegada se configure, es preciso que esas pruebas recobradas sean decisivas, es decir, que de haberlas tenido el fallador a la vista hubiera resuelto de modo diferente.

En consecuencia, debe la Sala analizar ahora si la existencia de un proceso iniciado contra el recurrente le concedía estabilidad por configurarse, al ser retirado antes de su culminación, violación del artículo 26 de la C.N. que consagra el derecho de defensa y de las normas pertinentes de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 que regulan el trámite de los procesos disciplinarios y la imposición de sanciones a los empleados públicos.

Ciertamente en ese sentido la Sección Segunda del Consejo de Estado ha hecho diversos pronunciamientos afirmando que, habiéndose iniciado un proceso disciplinario no debe hacerse uso de la facultad de libre nombramiento y remoción para separar del servicio al empleado porque la continuación de su vinculación laboral en ese caso depende de lo que se resuelva en dicho proceso.

Esa fue la tesis expuesta en la demanda presentada ante el Tribunal.

Es de anotar, que la Sección Segunda ha hecho un replanteamiento y un nuevo estudio en esta materia, llegando a conclusiones diferentes.

En efecto, se hace necesario diferenciar la facultad sancionatoria de la facultad de libre nombramiento y remoción.

La primera es una atribución reglada que debe ejercerse ajustada en un todo a los marcos legales, los cuales exigen el adelantamiento de un proceso disciplinario previo para que, se hagan las averiguaciones del caso, se recopilen pruebas y si a ello hay lugar, se formulen cargos al empleado, que tendrá derecho a conocer el expediente en el cual se fundamentan, a rendir descargos y solicitar la práctica de pruebas encaminadas a desvirtuar los hechos que se le imputan.

La segunda es una facultad discrecional que se concede con miras a garantizar el buen servicio de la Administración y cuyo ejercicio, que desde luego debe adecuarse a los fines previstos por el Legislador y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa; no significa sanción para el empleado afectado.

Tratándose de dos facultades diferentes por su finalidad y por las condiciones de su ejercicio, ha llegado la Sala a concluir que la una no entorpece la otra ni la obstaculiza.

Es así como, a pesar de haberse iniciado un proceso disciplinario, el empleado inculpado, si es de libre nombramiento y remoción no adquiere por ese solo hecho garantía de estabilidad y bien puede ser declarado insubsistente, no para sancionarlo anticipadamente sino porque la autoridad nominadora estime que su permanencia en el cargo no favorece la acertada y eficiente prestación del servicio.

Si la insubsistencia se declara, el procedimiento disciplinario debe continuar y culminar; y dentro de dicho proceso el inculpado está en capacidad de ejercitar su derecho de defensa y evitar así ser sancionado. Es preciso insistir en que, según el artículo 146 del Decreto 1950 de 1973, la acción disciplinaria y la aplicación de las sanciones serán procedentes aunque el empleado se haya retirado del servicio.

La insubsistencia no motivada, producida en tales condiciones, no constituye sanción; la sanción si a ello hay lugar, le será impuesta al funcionario cuando culmine el proceso disciplinario que se sigue adelantando a pesar del retiro del servicio.

Por tanto, no se produce con la insubsistencia violación del artículo 26 de la C.N., ni de las normas de los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973 que regulan el proceso disciplinario independientemente de la facultad de remover.

Lo anterior no significa impedimento para demostrar la desviación de poder en que hubiere incurrido el nominador al declarar la insubsistencia; solo que, el proceso disciplinario en curso no es prueba de esa desviación de poder. Dicho proceso es un medio indispensable para aplicar una sanción, en tanto que la insubsistencia es una de las causales de retiro del servicio; y mientras no se compruebe su torcida utilización, independientemente de la existencia del proceso disciplinario, el acto conservará su presunción de legalidad.

En este orden de ideas se concluye, que si el *a-quo* hubiera tenido a su consideración las pruebas recobradas, su decisión no hubiera sido diferente a la que adoptó.

Así lo sostiene el señor Fiscal Cuarto de la Corporación y la Sala acoge ese criterio.

Por tanto no está llamada a prosperar la revisión solicitada.

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

**FALLA:**

No prospera el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Luis Arturo Zuloaga Toro contra la sentencia proferida el 12 de abril de 1985 por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

No hay lugar a costas por no haberse causado. Cancélese la caución otorgada.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 16 de marzo de 1990.

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

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

**CARRERA DE LAS FISCALIAS/ CALIFICACION DE SERVICIOS/ CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA DE LAS FISCALIAS** - Administración/ **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** - Funciones

**Es claro el mandato del art. 45 del Dec. 0052 de 1987 en el sentido de que todos los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público que ocupen cargos de la carrera deben ser calificados formal y periódicamente. No se lee en las normas del citado capítulo que la calificación esté a cargo del Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías y, en cambio, al final del art. 47, excluida la parte declarada inexequible en sentencia de junio 25 de 1987, se faculta a la Procuraduría General de la Nación para calificar todos los aspectos de los funcionarios y empleados de las fiscalías.**

*REVOCASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los arts. 1°* y su parágrafo, 2° y su parágrafo 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 9° y 10 de la Resolución 150 de julio 26 de 1989, expedida por el Procurador General de la Nación. Confírmase la Suspensión Provisional del parágrafo Transitorio del artículo 8° de la Resolución No. 150 de julio 26 de 1989.

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.*- Bogotá, D.E., veintiseis (26) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 4671.

Actor: Jaime Alfonso Jiménez.

## SALA DE DECISION:

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra la providencia de octubre 6 de 1989 por la cual se suspendió provisionalmente la Resolución No. 150 de julio 26 de 1989 (Fols. 40 - 65).

I. El acto enjuiciado dispone, en síntesis, lo siguiente:

1. Los Procuradores Regionales practicarán visitas ordinarias a las Fiscalías (salvo las de Orden Público) para "determinar la conducta y dedicación de los funcionarios, así como la organización del trabajo".

2. Para la evaluación de la calidad del trabajo los Procuradores Regionales remitirán con el Acta de visita fotocopia de las actuaciones del funcionario.

3. Las visitas a las Fiscalías del Tribunal Superior se efectuarán con el auxilio de los Abogados Asesores y para las demás Fiscalías con la colaboración de los Fiscales del Tribunal Superior.

4. Para calificar la actualización de conocimientos, la Procuraduría programará la capacitación indicando o suministrando el material sobre el cual versarán las pruebas.

5. Las pruebas serán evaluadas por el Procurador General o la Comisión que éste designe.

6. Luego serán calificadas por la Comisión que designe el Procurador General, sobre cien puntos, así: 25 para la visita, 40 para la calidad del trabajo y 35 para la actualización de conocimientos; con las siguientes equivalencias: 90 a 100 excelente, 66 a 89 bueno, 65 a 41 regular, 40 a 1 malo.

7. El Procurador determinará la fecha y lugares para la realización de las pruebas. Para el año de 1989 se señalan los meses de agosto y septiembre.

8. Concluido el proceso calificatorio, el Procurador expedirá Resolución "contentiva de los puntajes obtenidos y sus equivalencias", que se notificará como lo prevé el artículo 52 del Decreto 052 de 1987 y será susceptible de reposición.

II. Por su parte, el proveído recurrido señala que, conforme al artículo 104 del Decreto Ley 052 de 1987, para la administración de la carrera de las Fiscalías, la autoridad máxima corresponde al Consejo Superior, "no al Procurador General de la Nación de manera Autónoma", en tanto que al Procurador Delegado para el Ministerio Público compete el apoyo Técnico, administrativo y operativo de la misma. En consecuencia, la facultad que se

otorga a los Procuradores Regionales para efectuar visitas y calificar los servicios "constituye un desconocimiento palpable y manifiesto del precepto legal mencionado". Si, por otra parte, la calificación de la calidad de trabajo y de la actualización de conocimientos corresponde, según el artículo 47, a los respectivos superiores jerárquicos o funcionales y si no todos los Fiscales tienen por superior jerárquico inmediato al Procurador General, quien, además, no tiene facultad para cambiar o modificar las funciones conferidas por el Estado a determinados funcionarios o corporaciones como el Procurador Delegado para el Ministerio Público y el Consejo Superior de la Carrera de las fiscalías, la Resolución 150 de 1989 viola el citado estatuto.

Y agrega, con referencia a las fechas señaladas en la Resolución para la calificación de los servicios (agosto y septiembre), que "no puede un acto administrativo, por más loables que sean sus propósitos, prolongar en el tiempo situaciones que aquella (la Ley) creó con toda precisión". (Fols. 40 - 47).

III. La Procuraduría General de la Nación impugna el pronunciamiento de la Sala Unitaria con los argumentos que se compendian a continuación.

1. Para la suspensión provisional exige el artículo 152 del C.C.A. "una demostración de las violaciones, tan simple y evidente que con la simple lectura salten a la vista las contradicciones, lo que en verdad no ocurre con la Resolución cuestionada. En efecto, aún haciendo el mayor esfuerzo de imaginación, no se entiende cómo una Resolución que tiene por fin dar cumplimiento a la Carrera de las Fiscalías, puede violar el artículo 162 de la Constitución, que precisamente autoriza la creación de la Carrera...".

2. No puede confundirse la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República, con la facultad constitucional y legal del Procurador General para "dictar las disposiciones que considere necesarias para el desarrollo de sus funciones, pudiendo, para tal efecto, delegarlas en uno o varios funcionarios, sin necesidad de expresa autorización legal en cada caso... Cuando el artículo 47 del Decreto 0052-87 establece que corresponde a la Procuraduría General de la Nación la calificación de todos los aspectos de los funcionarios y empleados de las Fiscalías, dicha norma se refiere precisamente como entidad, y no al Procurador como individuo, de donde resulta lógico que el Jefe del Ministerio Público pueda conformar entre sus dependientes todas las comisiones que crea indispensables para el cumplimiento de las disposiciones legales sobre la calificación del personal, pudiendo delegar en éstas sus funciones...".

3. "Correspondiendo a la Procuraduría la calificación de la actualización de conocimientos, no cabe duda que también le compete establecer las formas

que estime más adecuadas para lograr tal fin, siendo las pruebas o exámenes una de ellas... Por las razones expuestas, los artículos 4° y 5° de la Resolución acusada, no infringen el artículo 46 del Decreto 0052.

4. El artículo 47 no ha sido debidamente interpretado por el demandante ni por el Consejero Ponente, pues contiene dos mandatos, "el primero para los funcionarios y empleados judiciales, cuya calificación corresponde a 'los respectivos superiores jerárquicos o funcionales' y el segundo para 'los funcionarios y empleados de las Fiscalías; a quien califica la Procuraduría General de la Nación en 'todos los aspectos'", lo que corresponde a la diferente jerarquización de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, "siendo la primera rigurosamente jerarquizada, mientras que las Fiscalías debido a sus funciones especiales, no lo son. En tales acondiciones, es erróneo considerar, como lo hace el demandante, que el Procurador no podía designar una comisión para la calificación de los Fiscales del Tribunal,por ser el único superior ***funcional***".

5. Respecto del artículo 48, que señala los meses de abril y mayo para la calificación, debe tenerse en cuenta que el artículo 50 del mismo decreto "también ordena que los funcionarios y empleados de las fiscalías deben ser calificados ***una vez al año***, de donde se infiere que al no haberse podido cumplir la primera disposición legal, no puede desconocerse la segunda, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45, numeral 2° de la Ley 57 de 1887, el artículo posterior de una ley prevalece sobre el anterior".

6. El Consejo Superior de la Carrera de las fiscalías ***no es la máxima autoridad de la Carrera***, "pues de acuerdo con el artículo 104 la administración de la Carrera corresponde tanto al Consejo Superior como al Procurador General y los Fiscales, de modo que las funciones de esa entidad no van más allá de las fijadas en el artículo 107, y que son, por una parte, programáticas y de la otra de Secretaría", sin relación con el personal de la Procuraduría ni con las atribuciones del Procurador General "en lo atinente al nombramiento y listas de fiscales", que son del orden constitucional (art. 44)".

"En síntesis, el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías no es la ***máxima autoridad***, sino un coadministrador, junto con el Procurador General de la Nación y los Fiscales de dicha carrera". (Fls. 54 - 63).

En la parte final del escrito, se recapitulan estos razonamientos, con algunas aclaraciones, como las siguientes:

a) El ejercicio de la Facultad de Delegación, consagrado en el artículo 34 del Decreto 521 de 1971, "no implica reglamentación de la Ley y por ende violación del artículo 120-3 de la Constitución".

b) "El artículo 47 del Decreto 052 de 1987 otorga la facultad de calificación de los Fiscales en todos los aspectos a la Procuraduría General de la Nación".

c) La interpretación del artículo 48 "está encaminada a que se realicen las pruebas anualmente... Interpretar el artículo 48 como en la providencia suplicada es dejar sin efecto la Carrera de las fiscalías ante la imposibilidad de realizar las pruebas dentro de un término legal".

d) El Procurador General "no está administrando la Carrera de las fiscalías, sino delegando una función legal atribuida mediante el artículo 47 del Decreto 052/87, por autorización legal expresa –Decreto 521 de 1971– dentro de las funciones del Consejo Superior no está la calificación de los Fiscales".

(Fols. 63 - 65).

**Para resolver, se considera:**

1. El accionante sostiene que el acto es violatorio de los artículos 120-3 y 162 de la Constitución y 46, 47, 48, 104, 107, 108 y 113 del Decreto 0052 de 1987.

Expone sus puntos de vista en variadas formas, en donde se destacan los siguientes planteamientos:

I). "Al consagrar el artículo 162 de la Constitución Nacional que la ley establecerá la Carrera Judicial y al señalar la misma ley –Decreto Ley número 0052 de 1987– que el supremo y máximo órgano administrador de la Carrera de las Fiscalías es el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías, el señor Procurador no tiene competencia constitucional ni legal para desplazar y sustituir al Consejo en el ejercicio de sus funciones...".

II). No existe fundamento constitucional ni legal para que el Procurador sustituya al Presidente de la República en el ejercicio de la potestad reglamentaria, como lo hizo "al establecer que el factor de la actualización de conocimientos se evaluará a través de ***pruebas*** y que, realizadas las visitas, allegada la documentación y obtenido el resultado de las pruebas, éstas serán calificadas por la Comisión que designe el mismo Procurador... El reglamento debe estar subordinado a la ley y no puede crear situaciones distintas a las señaladas por ella ... ni menos aún puede sustituir a la ley ni adicionarla, y en el acto administrativo acusado obsérvase que se modificó la ley, al designarse una comisión, ajena a los funcionarios y órganos administradores de la Carrera de las Fiscalías para que realice la calificación de servicios y, al mismo tiempo, creó ***pruebas*** para medir o evaluar el factor de actualización de conocimientos,

cuando éstas sólo se realizan en el concurso y oposición para el ingreso al servicio o a la Carrera o para el ascenso en la misma, como se dispone en el Título III del Decreto 0052 de 1987, y no en la calificación de servicios, que es un sistema que condiciona la estabilidad o controla la permanencia del que ejerce cargos de la Carrera... por lo cual es ostensible el quebrantamiento del numeral 3° del artículo 120 de la Carta, porque de acuerdo con esta norma el señor Procurador no es el funcionario competente para ejercer esta potestad reglamentaria...".

III) El artículo 46 del Decreto 0052 no señala entre los factores de calificación la práctica de alguna "prueba" para determinar la actualización de conocimientos, como equivocadamente lo prescriben los artículos 4° y 5° de la Resolución acusada, "porque la calificación de servicios no es una fase que se realice a través del concurso" sino un procedimiento destinado a evaluar el rendimiento, la calidad del trabajo y el comprtamiento de los empleados; en el artículo 46 "no se establece ninguna oposición o tipos de pruebas, porque éstas solamente están previstas y diseñadas para la selección de personal elegible para el ingreso o ascenso en la Carrera, como específicamente lo prescriben los artículos 20 y 25 del Decreto Ley 0052".

IV) El artículo 47 *ibídem* fue declarado inexequible por sentencia de junio 25 de 1987 en la parte que autoriza al Procurador General de la Nación para calificar la conducta, organización y rendimiento de los funcionarios y empleados judiciales. Siendo la calificación de servicios un procedimiento previsto no sólo para el ingreso sino también para la permanencia en el servicio y escalafón o retiro, corresponde hacerla a "los respectivos superiores jerárquicos o funcionales". Como el Ministerio Público no está jerarquizado, es imperativo que para la calificación se tenga en cuenta la relación o vínculo funcional, a saber, el Procurador General respecto de los Fiscales de los Tribunales Superiores y éstos respecto de los Fiscales de juzgados ... por lo que no puede el Procurador General "atribuir a una Comisión que él mismo designe la calificación de los diversos factores de la totalidad de los fiscales, como lo estableció el artículo 6° del acto acusado...".

V) Si bien el artículo 34 del Decreto 521 de 1971 establece que el Procurador General puede redistribuir en cualquier tiempo las funciones señaladas en las disposiciones legales vigentes para la época de expedición de dicho Decreto, "esto no significa que pueda también ***redistribuir*** funciones atribuidas por ley posterior a organismos no previstos en el Decreto 521, porque el Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías fue creado por el Decreto Ley 0052 de 1987 como el supremo y máximo órgano administrador de la Carrera de los Fiscales y sus empleados... sin que en ningún momento este Consejo sea un órgano dependiente del señor Procurador, porque como miembro del Consejo actúa conjuntamente con los otros miembros y en condiciones de igualdad" ni el señor

Procurador tiene atribución legal para desplazar o sustituir al Consejo Superior en su atribución de expedir las disposiciones necesarias para desarrollar las labores encomendadas.

VI) Se aplica en forma indebida el artículo 43 del Decreto 521 de 1971 porque la delegación de atribuciones sólo puede provenir de la Ley, y la Ley en este caso es el Decreto Ley 0052 de 1987 que "en ninguna de sus normas le atribuye al señor Procurador General la facultad exclusiva de coordinar, dirigir y expedir disposiciones relacionadas con la administración de la Carrera de las Fiscalías y, por lo tanto, mal puede delegar en una comisión la facultad de calificar a la totalidad de los Fiscales que ejercen cargos de carrera, cuando ni la Constitución en el artículo 145 ni la ley le atribuyen esta función, y carece de competencia porque por mandato expreso e inequívoco del artículo 107 del Decreto Ley 0052/87 es al Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías a quien corresponde regular lo relacionado con la calificación de servicios, observando estrictamente lo establecido en el artículo 47 *ibídem*.

VII) Si en el inciso 1° del artículo 48 del Decreto Ley 0052 de 1987 se señalan expresamente los meses de abril y mayo de cada año para "la calificación de los funcionarios y empleados judiciales y de fiscalías", al no realizarse en tales fechas la calificación, "precluye la oportunidad de tiempo para el ejercicio de este deber, porque los términos o plazos son de carácter imperativo" ... y por este motivo al parágrafo transitorio del artículo 8° de la Resolución cuya nulidad demando viola el inciso 1° del artículo 48, porque modifica el plazo legal...".

VIII) El artículo 6° de la Resolución es violatorio del inciso 8° del artículo 48 del Decreto 0052 de 1987, según el cual "la calificación se fundará en el propio conocimiento y apreciación y en los resultados de las visitas reglamentarias", en tanto que aquella señala que las pruebas "serán calificadas por la Comisión que designe el Procurador General", comisión que no puede tener ***el propio conocimiento*** que sólo posee el superior funcional.

IX) Se viola también el artículo 104 del Decreto 0052 por cuanto el Procurador General asume la función de administrador de la Carrera que corresponde al Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías como autoridad suprema, no a sus miembros individualmente.

X) Conforme a la función que en el artículo 107 del Decreto 0052 se atribuye al consejo Superior, al mismo corresponde disponer y regular todo lo relacionado con la calificación, "para que este deber tenga cabal y objetiva concreción".

XI) Los artículos 4° y 5° de la Resolución son contrarios al artículo 113 del Decreto 0052 por cuanto las pruebas "sólo se pueden realizar para

la selección del personal elegible, que mediante el concurso u oposición aspira a ingresar a la carrera o ascender en ella, sin que estas ***pruebas*** se puedan incluir en la calificación de servicios, porque allí se evalúa la eficiencia que demostró el funcionario en el ejercicio del cargo dentro del correspondiente período anual al cual se contrae la calificación... y entre los taxativos factores objeto de calificación no se incluye examen de conocimiento ni la práctica de pruebas objetivas, porque éste es un instrumento propio de la selección de personal" (Fols. 17 - 37).

2. Si se examina en su conjunto el acto enjuiciado, se advierte sin dificultad que su propósito es el de establecer un procedimiento para la "calificación de los servicios" de que trata el Título V del Decreto 0052 de 1987. Por eso, invoca en sus considerandos, aparte del artículo 145 de la Constitución y de los artículos 34, 35 y 43 del Decreto 521 de 1971, las disposiciones que a la mateira se refieren concretamente en los artículos 45, 46 y 47 del Decreto en referencia.

Ahora bien, es claro el mandato del artículo 45 en el sentido de que "todos los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público ***que ocupen cargos de la carrera*** deben ser calificados formal y periódicamente".

No se lee en las normas del citado capítulo que la calificación esté a cargo del Consejo Superior de la Carrera de las Fiscalías y, en cambio, al final del artículo 47, excluida la parte declarada inexequible en sentencia de junio 25 de 1987, se faculta a la Procuraduría General de la Nación para calificar "todos los aspectos de los funcionarios y empleados de las Fiscalías".

Es claro también que, conforme al texto del artículo 44 *ibídem*, la calificación de los servicios tiene varios propósitos, no solamente el del ingreso a la carrera. Esto significa necesariamente que a la calificación deben estar sujetos no exclusivamente quienes pretendan ingresar al escalafón.

A excepción del parágrafo del artículo 8°, el procedimiento que en la Resolución se señala no parece contrariar frontalmente los preceptos que se invocan en la demanda. Alguna función debe cumplir el señor Procurador General de la Nación respecto de las disposiciones del capítulo V del Decreto 0052 de 1987, para poderles dar cumplimiento, como al mismo corresponde.

Con respecto a la alegada violación de los artículos 104, 107, 108 y 113 del referido estatuto, en que el accionante involucra figuras como la administración de la carrera, las funciones del Consejo Superior a este mismo respecto y la elaboracion y calificación de pruebas, cabe advertir que estas normas se refieren a la "Carrera en las Fiscalías" como el propio título XIII lo señala, en tanto que lo que por el acto enjuiciado se dispone tiene que ver directamente con la califi-

cación anual de servicios ordenada en el artículo 50, que corresponde al capítulo V relativo a la "Calificación de Servicios". No es el caso, por lo tanto, de entrar en cuestiones tales como la primacía en la administración de la Carrera, que, en oponión del actor, es facultad del Consejo Superior y no del Procurador General.

En conclusión, pese a que el accionante, con sólida dialéctica, enjuicia desde varios ángulos el contenido de la Resolución 150 de 1989, no aparece en forma ostensible el quebranto de los preceptos que invoca, que es requisito necesario para la suspensión provisional, como lo ordena el artículo 152 del C.C.A.

Y no es argumento *a pari* que tenga validez el que, en el proceso radicado bajo el número 4232, por razones similares se decretó la medida impetrada para la Resolución No. 124 de diciembre 6 de 1988, la cual trata de una delegación de funciones al Procurador Delegado para el Ministerio Público.

Es, sin embargo, ostensible la ilegalidad del Parágrafo Transitorio del artículo 8° de la Resolución enjuiciada, como se desprende de la sola y simple confrontación con el texto del artículo 48 del Decreto 0052 de 1987.

En tal virtud habrá de revocarse la providencia impugnada, salvo en lo que respecta al parágrafo en mención.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

**RESUELVE:**

REVOCASE el proveído de octubre seis (6) de mil novecientos ochenta y nueve (1989) de la Sala Unitaria, salvo respecto del Parágrafo Transitorio del artículo 8° de la Resolución No. 150 de julio 26 de 1989, para el cual se mantiene la suspensión provisional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

*Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

**PENSION DE JUBILACION** - Reajuste

**El reajuste se ordena sobre las mesadas liquidadas, no sobre el derecho abstracto a la pensión que tienen los trabajadores que hayan alcanzado el *status* de jubilado. Para estos trabajadores que no se hubieren retirado del servicio, la revalorización de su derecho se logra mediante los aumentos de sueldo que obtengan en la actividad correspondiente, ya que es sobre el promedio de lo devengado en el último año que se va a operar la liquidación de la pensión equivalente a un 75%.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.*- Bogotá, D.E., marzo veintiseis (26) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruíz.*

Referencia: Expediente No. 1060-11037 Res. Ministeriales. Actor: Jorge Enrique Castro Oliveros.

Conoce la Sala del recursos de apelación interpuesto por el demandante JORGE ENRIQUE CASTRO OLIVEROS contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las peticiones que formuló, mediante apoderado y cuyo texto es el siguiente:

"PRIMERA. Declárase la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 2060 de fecha 1o. de octubre de 1979 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional en favor del señor JORGE ENRIQUE CASTRO OLIVEROS, en cuanto a que en la pensión de jubilación allí reconocida no se incluyeron los reajustes ordenados por la Ley.

SEGUNDA. En consecuencia, el Ministerio de Defensa Nacional deberá REAJUSTAR la Pensión de Jubilación reconocida al señor JORGE ENRIQUE CASTRO OLIVEROS, mediante la Resolución impugnada con los aumentos ordenados por los Decretos 435 de 1971, 446 de 1973, y 1221 de 1975, asi como también los de la Ley 4a. de 1976".

En la demanda se afirmaron estos hechos:

"1. El señor JORGE ENRIQUE CASTRO OLIVEROS prestó servicios civiles al Ministerio de Defensa Nacional por treinta (30) años, ocho (8) meses y veintiun (21) días hasta el 1o. de septiembre de 1977, en que previa alta por tres (3) meses fue retirado del servicio.

2. El señor JORGE ENRIQUE CASTRO OLIVEROS nació el 10 de marzo de 1918, luego cumplió los cincuenta (50) años de edad, el 10 de marzo de 1968.

3. De igual manera está acreditado que los veinte (20) años discontínuos de servicio los cumplió el 10 de enero de 1969.

4. En consecuencia, el señor JORGE ENRIQUE CASTRO OLIVEROS, adquirió el *status* de pensionado el 10 de enero de 1969 fecha en la cual había reunido los requisitos de tiempo de servicio y edad.

5. El Ministerio de Defensa Nacional, por Resolución No. 2060 del 1o. de octubre de 1979 reconoció a mi poderdante las prestaciones sociales a que tenía derecho, entre ellas la Pensión de Jubilación a partir del 1o. de enero de 1978 equivalente al 75% de los haberes devengados en el último año de servicio, pero sin incluír los aumentos pensionales ordenados por los Decretos 435 de 1971, 446 de 1973, 1221 de 1975; Ley 4a. de 1976 y Decreto Reglamentario No. 732 del mismo año".

Las disposiciones violadas y el concepto de la violación se plantearon así:

"Estimo que el acto acusado quebranta las siguientes disposiciones constitucionales y legales: artículo 1o del Decreto 435 de 1971; artículos $1^{o}$, $2^{o}$, $3^{o}$ numeral $3^{o}$ del Decreto 446 de 1971; artículo $1^{o}$ del Decreto 1221 de 1975; $1^{o}$, de la Ley 4a. de 1976 y 1o del Decreto Reglamentario 732 del mismo año.

La primera norma constitucional señalada como vulnerada con los actos acusados, se puede considerar como la base sobre la cual se sustenta el derecho laboral que determina una amplia protección al trabajador colombiano. Sin embargo, es el mismo Estado, quien por intermedio del Ministerio de Defensa ha cercenado el '*quorum*' de la liquidación de la pensión de jubilación, desprotegiendo derechos sociales y de orden público.

La transgresión del artículo 30 de la Carta consiste en que el mismo Ministerio está desconociendo a mi poderdante una situación jurídica incorporada a su patrimonio laboral, con justo título, como es el de omitir efectuar los reajustes que la ley determina desde el momento en que adquirió el *status* de pensionado.

De igual manera el acto impugnado viola el Decreto 435 de 1971, en su artículo 1° que preceptuá:

""A quien tenga el *status* de pensionado el 31 de diciembre de 1970, se le reajustará de oficio, su pensión en $100.oo mensuales; a ésta suma se le agregará la cuantía resultante de aplicar a la pensión a 31 de diciembre de 1970 (P.A), un porcentaje equivalente al cuatro por ciento (4%), multiplicado por el número de años transcurridos entre aquél en el cual se causó o se reajustó por última vez la pensión P.A. y aquella fecha"".

Mi poderdante, como ya se anotó en los hechos de esta demanda, reunió los requisitos de tiempo y de edad en el año de 1969, lo que quiere decir que en esa fecha tenía el *status* de pensionado y por lo tanto reúne los requisitos exigidos por el artículo 1° del Decreto 435 de 1971 para tener derecho a los reajustes allí ordenados.

Tanto esa H. Corporación como el Consejo de Estado en numerosos fallos ha venido sosteniendo, en forma reiterada, que la calidad de STATUS de pensionado se adquiere desde el momento mismo en que el empleado llena los requisitos de tiempo de servicios y edad, sin que tenga necesidad de retirarse del servicio.

Es así como en un caso análogo, en el que igualmente se solicitaba el reajuste contemplado por el Decreto 435 de 1971, el H. Consejo de Estado en sentencia de fecha 25 de julio de 1977, al confirmar la del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del juicio No. 3316 seguido por PANTALEON VARGAS TOVAR expresó los siguientes conceptos:

> ""En varias oportunidades ha sostenido esta entidad que la desvinculación del servicio no es requisito indispensable para el reajuste de la Pensión de Jubilación. Basta que la persona cumpla con las exigencias legales de edad y tiempo de servicios para que se cause su derecho pensional, siendo ese el momento en que se adquiere el status de jubilado de que trata la ley. Por ello se hace innecesario insistir sobre ese punto, que, de otra parte, constituye la reiterada doctrina de la Corporación.
>
> Hay prueba en el proceso de que el demandante cumplió veinte (20) años contínuos de servicios en el ramo de Defensa el 2 de junio de 1967, ya que el 1o. de febrero de 1969 tenía 21 años, 6 meses y 29 días de estar laborando,

y el 13 de mayo de 1954 había cumplido los 55 años de edad, habiendo consolidado en la fecha antes indicada (2 de junio de 1967), el status de jubilado, por lo cual le es aplicable el reajuste pensional a que se refiere el artículo 1° del Decreto 435 de 1971, como acertadamente lo ordenó el Tribunal en el fallo consultado, que habrá de confirmarse...''''.

En estas condiciones la pensión reconocida a mi poderdante mediante el acto impugnado, de conformidad con las disposiciones del Decreto 435 de 1971, debe ser aumentada en la suma de $100.00 más un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los años transcurridos entre la fecha en que adquirió el derecho a la pensión y el 31 de diciembre de 1970, es decir, en un ocho por ciento (8%).

De igual manera la Resolución del Ministerio de Defensa Nacional, desconoce el Decreto 446 de 1973 que expresa:

"Artículo 1°. Las Pensiones de Jubilación, invalidez y retiro por vejez, pertenecientes al sector público y las sustituciones pensionales del mismo sector, serán reajustadas de oficio y por una sóla vez a partir del 1o. de abirl de 1973, según las reglas fijadas en el presente Decreto.

Articulo 2°Estas obligadas a efetuar los reajustes a que se refiere el artículo anterior, las Entidades de Previsión Social, del orden nacional, oficiales o semioficiales, que reconozcan y paguen las prestaciones sociales mencionadas.

Artículo 3°. Los reajustes ordenados en el presnete Decreto, para las correspondientes mesadas pensionales, se efectuarán así:

1. A quienes el *status* de pensionados en treinta y uno (31) de diciembre de 1970, en un diez por ciento (10%) más cien pesos ($ 100.oo)...".

Como anteriormente se dejó establecido, mi poderdante adquirió el *status* de jubilado, por haber reunido los requisitos de tiempo de servicios y edad, en el año de 1969, lo que quiere decir que, en virtud de la reiterada jurisprudencia sobre el particular, tiene derecho a los reajustes contemplados por el numeral 1o. del artículo 3° del Decreto 446 de 1973, así en esa fecha todavía no se hubiera retirado el actor del servicio y por ende no estuviera devengando su pensión de jubilación.

En un caso análogo, sentencia de fecha 9 de agosto de 1977, el H. Consejero Dr. SAMUEL BUITRAGO HURTADO expresó:

""Para el Consejo es sencillo el problema de orden legal que se plantea en la demanda, no sólo por la claridad de las disposiciones contenidas en el Decreto transitorio (446 de 1973, se anota), sino también por la constante

jurisprudencia que sobre el punto hay sin que exista duda acerca de la razón o el derecho que asisten en este caso al demandante. Así, en sentencia del 27 de julio de 1976 se dijo: '... que el derecho al reajuste de la pensión de jubilación, cuando se indica el término "*status*", debe entenderse que este se obtiene con el cumplimiento del tiempo de servicios y la edad correspondiente, sin que sea necesario que el pensionado se encuentre gozando de la prestación dicha...'...'''.

De igual modo, el artículo 1° del Decreto 1221 de 1975 ordena reajustar las pensiones de jubilación, invalidéz (sic) y retiro por vejez y las sustituciones pensionales del sector público en un treinta y tres por ciento (33%).

Por otra parte, la Ley 4a. de 1976, ordena:

"'"Artículo primero. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores de los sectores (sic) públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes y el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mensual más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual más alto, ésto último aplicado a la correspondiente pensión.

Parágrafo Segundo. Los reajustes a que se refiere este artículo se harán efectivos a quienes hayan tenido el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste.

Parágrafo Tercero. En ningún caso el reajuste de que trata este artículo 1° será inferior al 15% de la respectiva mesada pensional, para las pensiones equivalentes hasta un valor de cinco veces el salario mensual mínimo legal más alto".

Las anteriores disposiciones fueron reglamentadas por el Decreto 732 del mismo año, en cuyo artículo 2° se dispuso:

"'"Para los efectos del parágrafo segundo del artículo primero de la Ley 4a. de 1976, se entenderá que tienen el status de pensionados las personas que un año antes de la fecha del reajuste estén disfrutando de una pensión o que esta le haya sido o le sea otrogada (sic) para disfrutarla con una (sic) año de anterioridad a tal fecha".

Esta disposición fue declarada nula por el H. Consejo de Estado en sentencia de fecha 10 de julio de 1979 con ponencia del H. Consejero Dr. IGNACIO REYES POSADA por haber rebasado la potestad reglamentaria, en la cual se expresaron los siguientes conceptos:

> ""... "Es evidente que la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado ha definido que el *status* o el estado de pensionado es una condición de la persona que surge de la circunstancia de haber reunido los dos requisitos esenciales señalados en la Ley para tener derecho a gozar de una pensión jubilatoria, o sea, el tiempo de servicio y la edad que la Ley consagre para acceder a tal derecho. De suerte que reunidos estos dos requisitos la persona adquiere el derecho a la pensión, que deja de ser una mera espectativa para convertirse en un derecho patrimonial cuya eficacia opera al retirarse la persona del servicio. En consecuencia, la percepción de las mesadas es un hecho posterior a la adquisición del status de pensionado y para cuyo cumplimiento se requiere el reconocimiento de aquel estado y el retiro de la persona del servicio..."".

De acuerdo a la anterior jurisprudencia, mi poderdante por haber tenido el *status* de pensionado con un año de anterioridad a la vigencia de la Ley 4a. de 1976 y su Decreto Reglamentario 732 del mismo año, ha consolidado el derecho a que su pensión de jubilación le sea reajustada con los incrementos allí determinados, los cuales ha sido reglamentados por el Ministerio del trabajo y Seguridad Social mediante Circulares respectivas en la siguiente forma:

1976: $180.00 más el 15% para pensiones inferiores a cinco veces el salario mínimo.

1977: $105.00 más el 15% para pensiones inferiores a cinco veces el salario mínimo.

1978: $390.00, más el 25%

1979: $120.00 más el 15% para pensiones inferiores a cinco veces el sario (sic) mínimo.

1980: $435.00 y el 16.85%".

Durante el trámite de la segunda instancia el proceso se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, motivo por el cual la parte recurrente solicitó y obtuvo su reconstrucción.

Llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes

## CONSIDERACIONES:

El acto acusado le reconoció y ordenó pagar al demandante una pensión mensual de jubilación a partir del 1o. de enero de 1978 en cuantía del 75% del promedio de los haberes devengados en el último año de servicio o sea la suma de $4.437.22.

Según quedó transcrito, el demandante aspira a que dicha cuantía sea reajustada en los términos de los Decretos 435 de 1971, 446 de 1973, 1221 de 1975 y Ley 4a. de 1976.

Suponiendo en gracia de discusión que el actor tuviere razón en sus planteamientos, se tendría que la pensión reconocida en cuantía de $4.437.22 habría que aumentarla en las sumas y porcentajes ordenados en las normas que él invoca, lo cual arrojaría hasta el aumento de 1978 la suma de $12.521.19, que es equivalente al 211.63% de los haberes devengados en el último año.

Como se ve, la aspiración del actor está en contra de los mandatos del artículo 83 del Decreto 610 de 1977, estatuto bajo el cual se retiró del servicio, que ordena que la pensión de jubilación sea equivalente al 75% de los haberes devengados en el último año, como le fue reconocida por el acto acusado.

Desde luego, el demandante apoya sus pretensiones en jurisprudencia de esta Sección como ya quedó transcrito. Empero, ella fue expresamente rectificada, como se lee en la sentencia de 23 de octubre de 1981, publicada en los Anales de la Corporación del segundo semestre de ese año, páginas 377 a 381. Allí, en lo pertinente, puede leerse;

> "En cuanto al aspecto de fondo debatido en este proceso, es evidente, de acuerdo con las constancias que obran en autos, que el demandante completó veinte años de servicios al Estado y cumplió, además, la edad requerida para gozar de la pensión de jubilación desde el 15 de abril de 1975, fecha en que obtuvo el status de jubilado por haber reunido los dos requisitos legales para acceder a dicha prestación; pero no se le liquidó la pensión sino el 15 de noviembre de 1976, mediante la Resolución No. 681 de esa fecha y comenzó a disfrutarla a partir del 1o. de octubre de 1976, fecha de su retiro del servicio.

El Decreto 1221 de 1975 ordenó un reajuste de las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez y las sustituciones pensionales del sector público en un 33% a partir del 1o. de julio de 1975, pero es evidente que tal reajuste beneficiaba a las pensiones que hubieren sido liquidadas con anterioridad a la fecha de vigencia de tal decreto, pues la finalidad de éste era devolverle a dichas pensiones su valor real mediante el incremento de un 33%. El reajuste se ordenaba sobre las mesadas liquidadas, no sobre el derecho abstracto a la pensión que tienen los trabajadores que hayan alcanzado el *status* de jubilado. Para estos trabajadores que no se hubieren retirado del servicio, como es el caso del actor, la revalorización de su derecho se logra mediante los aumentos de sueldo que obtengan en la actividad correspondiente, ya que es sobre el promedio de lo devengado en el último año que se va a operar la liquidación de la pensión equivalente a un 75%. Si por el hecho de haber obtenido el *status* de jubilado con anterioridad hubiera lugar al reajuste del 33% ordenado en el Decreto 1221 de 1975, el resultado sería que la pensión de jubilación no sería del 75% del último salario devengado, sino de este 75% incrementado en un 33%, con lo cual se estaría violando la norma sustancial que establece que la pensión sólo es equivalente al 75% del último salario. Lo mismo ocurre con respecto a la Ley 4a. de 1976 que opera con respecto a las pensiones liquidadas con anterioridad a su vigencia y sólo hacia el futuro, nunca con efecto retroactivo. Por tales razones las peticiones de la demanda no habrán de prosperar.

En los anteriores términos esta Sala define y concreta el contenido y alcance de las normas que decretan reajustes de pensiones de jubilación, corrigiendo el error en que se haya podido incurrir en ocasiones anteriores al dar aplicación práctica a estas mismas disposiciones".

Además, resulta obvio aplicar el mismo criterio respecto de los aumentos previstos en Decretos anteriores al 1221 de 1975, como son los invocados de los Decretos 435 de 1971 y 446 de 1973.

Finalmente, en lo atinente a los aumentos de la Ley 4a. de 1976, se observa la Sala que ellos no son aplicables a la pensión del demandante, la cual se gobierna, como ya se dijo, por los preceptos del Decreto 610 de 1977, estatuto bajo el cual se retiró del servicio.

Consecuentemente, la Sala deberá 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:**

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 23 de marzo de 1990.

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

*Miguel Antonio Perilla O.*, Secretario.

## ABANDONO DEL CARGO/ RENUNCIA

**La entidad nominadora no estaba obligada a aceptar una renuncia concebida en términos que no se ajustan a la preceptiva que regula esa materia, y la presentación de la renuncia no es obstáculo al ejercicio de la facultad legal de que dispone la administración para desvincular del empleo a un funcionario público, cuando se dan los presupuestos de ley para ese propósito. No se acreditó hecho alguno que justificara la conducta omisiva del accionante de presentarse a reasumir sus fuinciones como empleado público, al término de la licencia.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.*- Bogotá, D.E. veintiocho (28) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 528. Reconstrucción –Apelación Sentencia. Actor: Luis Jairo Moreno Alfonso.

Conoce la Sala del recurso de apelación, interpuesto por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA–, entidad demandada, contra la sentencia de 9 de junio de 1982, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso incoado por Luis Jairo Moreno Alfonso, en la cual se dispuso:

"1. Declárase la nulidad de la Resolución No. 4469 de 27 de noviembre de 1979, expedida por el Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA–, por la cual fue declarado vacante el cargo de Profesional Universitario 06, que venía desempeñando el actor en el Proyecto Magdalena.

2. Como consecuencia de lo anterior se ordena al mencionado Instituto, reintegrar al señor LUIS JAIRO MORENO ALFONSO, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.138.529 de Bogotá, al cargo que venía desempeñando y para el cual se encuentra inscrito en la carrera administrativa, y a reconocer y pagarle la totalidad de los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha en que se hizo efectivo el acto que ahora se declara nulo, hasta aquella en que sea reintegrado al servicio.

3. Declárase igualmente que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad por el período a que se contrae el numeral anterior.

4. A la anterior sentencia se dará cumplimiento dentro del término establecido por el artículo 121 del C.C.A." (Fol. 9 Cuaderno ppal).

En la demanda (Fol. 12 a 26 cdno. ppal) se narraron hechos que pueden sintetizarse así;

A. El actor, en virtud del nombramiento que le hizo el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, se posesionó en debida forma del cargo de Técnico en Administración de Salarios.

B. Mediante Resolución No. 842 de 1979, fue trasladado de Bogotá, ciudad donde prestaba sus servicios, a Santa Marta, para desempeñar un cargo para el cual no se hallaba capacitado, circunstancia que puso en conocimiento de la entidad, en varias ocasiones, entre otras, en la diligencia de posesión del nuevo empleo para el cual se le había designado.

C. La ausencia de cualidades para desempeñar el citado cargo, las dificultades de orden familiar, económico y social, que se le presentaron al demandante en razón del mencionado traslado, motivaron una solicitud de vacaciones y de licencia no remunerada, que inicialmente le fueron negadas, "buscándose con ello, sin duda alguna obtener su separación del servicio".

D. El actor, en comunicación de 11 de junio de 1979, insiste en la renuncia ante el Director Regional del Proyecto Magdalena del –INCORA–, quien, mediante Oficio No. 945 de 1979, se negó a aceptarle "por considerar que el cargo de Asesor de Planeación era necesidad sentida del Proyecto", obligando así al actor a aceptar un empleo que, por disposición legal, es de libre aceptación del designado.

E. "Ante la imposibilidad de trasladarse al nuevo destino, y dada la circunstancia de que no estaba ameritado para desempeñar el cargo, el actor insistió en su renuncia, mediante nota de 9 de agosto de 1979".

F. No habiendo sido aceptada la renuncia, nuevamente el accionante, el 26 de septiembre de 1979, presentó otra que sufrió la misma suerte de las anteriores.

G. Sin embargo, "... la Administración, con ostensible violación de las disposiciones legales y reglamentarias, expidió la resolución acusada, por medio de la cual se declaró vacante un cargo por abandono del mismo, y se separó al actor, LUIS JAIRO MORENO ALFONSO, del servicio al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA". (Fols. 13-15).

A folios 16 a 22 (Cdno. ppal.) se observa la fundamentación jurídica de la demanda respecto de las siguientes normas que se estiman violadas: artículos 16, 17, 20, 45 y 63 de la Constitución Política: Código de lo Contencioso Administrativo; Código de Régimen Político y Municipal; Código de Procedimiento Civil; Decreto Ley 2400 de 1968 y normas concordantes; Ley 135 de 1961 y normas concordantes; Decreto 3129 de 1968; Decreto Reglamentario No. 1950 de 1973; Resoluciones números 1313, 3399 y 3400, expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Luego de cumplido el trámite de ley, el Tribunal profirió la decisión que se transcribe al principio de esta providencia.

El *a-quo*, acogiendo los planteamientos del Ministerio Público, estimó que el acto acusado adolecía de falsa motivación, por cuanto el demandante, vencida la licencia que le fue concedida por la Administración, "'... tenía derecho a no regresar a su labor, ya que había presentado 5 renuncias en 4 meses, sin que le fueran aceptadas, ...'" (Fol 8 cdno. ppal). Según concluye el Tribunal, carece de fundamento legal la declaratoria de vacancia del cargo por abandono del mismo, hecha en el acto acusado.

Según el fallador de instancia, "'... se observa en todo el proceder de la entidad demandada, un franco deseo de hostilizar a un funcionario, cuya estabilidad laboral deriva del escalafón en carrera administrativa, merecía un poco más de respeto, ya que no sólo se limitó a ordenar un traslado inconveniente a un empleado sin requisitos para el cargo, sino que le impidió a ese funcionario el más primario de derecho de renunciar, dañandole así su hoja de vida, con una declaratoria de vacancia del cargo, que jamás existió en la realidad, acto anómalo que debe anularse'" (Fol. 8 Cdno. ppal).

Reconstruido el proceso y agotado el trámite respectivo, se procede a resolver el recurso, previas las siguientes

## CONSIDERACIONES:

Pretende el actor que se decrete la nulidad de la Resolución No. 4469 de 27 de noviembre de 1979, por medio de la cual se declaró vacante, por abandono, el cargo de Profesional Universitario 06, que venía desempeñando en el Proyecto Magdalena del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y, en consecuencia, se ordena el restablecimiento del derecho que él considera vulnerado.

Estudiará la Sala los planteamientos de las partes y del Tribunal, los cuales se sintetizan así:

En el libelo se afirma que el acto acusado atenta contra los artículos 17, 20, 26, 28 y 63 de la Constitución Política, por cuanto la medida que contiene constituye una sanción para el demandante, en virtud del supuesto abandono del cargo en que incurrió y que se procedió sin darle la oportunidad de utilizar los recursos.

Alega que de allí surge la infracción directa de los principios del debido proceso (art. 26 C.N.) y de la penalización con sujeción a leyes preexistentes (art. 28 C.N.), e igualmente la violación indirecta de los artículos 17, que consagra la obligación social del trabajo y 20, porque tal actitud configura extralimitación de las atribuciones del funcionario que la adoptó.

La transgresión del artículo 63 de la Constitución Nacional ocurre porque "en ningún momento las autoridades del Incora, han recibido facultades para proceder en contra de la Constitución o de la ley, y en tal medida ejercieron atribuciones que no le estaban conferidas ni en los reglamentos, ni en las leyes". (Fol 18 Cdno. ppal).

El demandante sostiene que la Administración en forma torpe negó en varias oportunidades la aceptación de la renuncia del cargo que presentó, y optó por no "utilizar el procedimiento en los mecanismos que le confieren la ley, esto es, el de aceptar la renuncia, sino que, prefirió afectarlo en la hoja de vida, y declararlo en abandono del cargo, no obstante que tuvo tiempo suficiente para pronunciarse sobre la última renuncia y no sólo sobre esa, sino sobre todas las que se presentaron durante el año de 1979". (Fol. 21 cdno. ppal). Por tal razón, estima que se infringieron los artículos 27 del Decreto 2400 de 1988, 112, 113 y 126 del Decreto 1950 de 1973.

Asimismo, considera que la resolución impugnada quebrantó lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 1950 de 1973, porque su traslado a Santa Marta implicaba un desmejoramiento "desde el punto de vista social, económico y familiar, como se amerita con los documentos que se anexan a este libelo". (Fol. 19 cdno. ppal).

Las referidas irregularidades, según el accionante, dan lugar a la declaratoria de nulidad de la Resolución acusada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941.

La parte demandada, a su turno, advierte que solamente son atendibles las razones expresadas en la demanda contra el acto acusado (Resolución No. 4469 de 1979), tendientes a desvirtuar la legalidad de la decisión administrativa. Por ello, deben dejarse de lado los argumentos del demandante contra el acto que ordenó su traslado de Bogotá a Santa Marta, el cual no fue objeto de impugnación.

En cuanto hace a la declaratoria de vacancia, la entidad demandada cuestiona el argumento del actor para justificar su no reintegro al cargo, vencida la licencia que, a petición suya, le había concedido la Administración: el hecho de la presentación de renuncia no le habilitaba para asumir esa conducta, pues la autoridad nominadora, ante las varias renuncias respondió que no las aceptaba por cuanto sus términos no se ajustaban a las previsiones legales. Por consiguiente, el actor no estaba justificado en su abandono del trabajo, luego del vencimiento de la licencia.

Igualmente, la parte demandada señala que la acusación relacionada con la violación de la Constitución y la ley por no seguirse un procedimiento disciplinario previo a la adopción de la medida que se acusa, no es atendible, pues no se trata de una sanción disciplinaria sino de la consecuencia que, de acuerdo con la ley, tiene el abandono de un cargo por parte del empleado público.

Como ya se anotó, la sentencia recurrida declaró la nulidad del acto acusado con fundamento en que la Administración estaba obligada a aceptar la renuncia presentada por el accionante y no debió acudir a la declaración de vacancia por abandono como medio para separarlo del servicio.

Examinados los planteamientos expuestos, la Sala encuentra, en primer lugar, que no se configura la violación de los principios constitucionales relacionados con el debido proceso, ni de las normas legales sobre procesos disciplinarios, porque, contrariamente a los afirmado por el actor, la declaración de vacancia no requiere el previo adelantamiento del proceso disciplinario, toda vez que para declarar la ocurrencia de tal fenómeno la ley no prevé procedimiento

alguno: a la Administración le basta verificar el hecho que configura el abandono en ausencia de causa justificada.

Se observa asímismo que el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 no pudo ser infringido por el acto impugnado, pues en éste no se aceptó la renuncia presentada por el demandante sino que se declaró vacante su cargo por abandono, que es fenómeno diferente.

Por la misma razón, tampoco pudieron ser violados los artículos 112 y 113 del Decreto 1950 de 1973, que no se refieren a la declaración de vacancia sino a la renuncia.

Ha sido constante y reiterado el criterio de la Corporación en el sentido de que la presentación de una renuncia no constituye obstáculo para que se declare insubsistente el nombramiento de un empleado público o se produzca su destitución o se declare la vacancia del cargo, dados los presupuestos legales correspondientes.

Así, en sentencia del 28 de septiembre de 1987, expediente No. 948, actor Alberto Moreno Rojas, la Sala, reproduciendo apartes del fallo de 23 de septiembre de 1986, dijo:

> "... Pero no quiere decir que el funcionario dimitente no puede salir del empleo por una causa o un medio diferente de la presentación y aceptación de su renuncia, como es la declaración de insubsistencia del nombramiento o de vacancia del cargo o la destitución del mismo, por ejemplo, si se dan las condiciones previstas en la ley".

En cuanto a la violación del artículo 30 del Decreto 1950 de 1973, que prevé la procedencia del traslado por necesidades del servicio siempre que no implique condiciones menos favorables para el empleado, la Corporación considera que no viene al caso, porque el acto administrativo contenido en la providencia demandada no es una orden de traslado, a la cual necesariamente debiera aplicarse la norma citada.

De conformidad con lo expuesto, ésto es, teniendo en cuenta que la presentación de la renuncia no es un acto que pueda interferir la facultad que tiene la Administración para adoptar determinadas medidas cuando se dan los correspondientes presupuestos legales, la Corporación debe examinar si en el caso *sub lite* se configura el abandono del cargo que originó la declaración de vacancia.

Según establece el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, se produce abandono del cargo, entre otros casos, cuando un empleado, sin justa causa, "no

reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión...", circunstancia que, comprobada, habilita a la Administración para declarar la vacancia del mismo.

Ahora bien, muestran los autos que, a solicitud del demandante, la Administración le concedió licencia no remunerada y que, a su vencimiento (7 de octubre de 1979), no reasumió las funciones de su cargo (Fols. 239 y 240 cdno. antecedentes administrativos).

Ante este hecho, no le quedaba a la Administración alternativa diferente, salvo que el funcionario hubiera demostrado que su ausencia obedecía a una justa causa, lo cual no se demostró.

Alega, en cambio, que tenía el derecho de no regresar a su trabajo por haber presentado cinco renuncias en cuatro meses, sin que le hubieran sido aceptadas.

Tal planteamiento no es atinado, porque, como antes se hizo notar, la entidad nominadora no estaba obligada a aceptar una renuncia concebida en términos que no se ajustan a la preceptiva que regula esa materia, y porque como igualmente se puntualizó, la presentación de renuncia no es obstáculo al ejercicio de la facultad legal de que dispone la administración para desvincular del empleo a un funcionario público, cuando se dan los presupuestos de ley para ese propósito.

No se acreditó, pues, hecho alguno que justificara la conducta omisiva del accionante de presentarse a reasumir sus funciones como empleado público, al término de la licencia.

En consecuencia, la legalidad del acto administrativo acusado continúa incólume, toda vez que no se probó que hubiera violado las disposiciones que el actor citó en la demanda y, por consiguiente, procede la revocación de la sentencia recurrida y, en su lugar, la negativa de las súplicas del libelo.

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:**

REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el nueve (9) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982), en el proceso instaurado por Luis Jairo Moreno Alfonso, contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y, en su lugar, se dispone:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de Origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la Sesión celebrada el día veintitres (23) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

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

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

**PROCESO DISCIPLINARIO/ DESTITUCION**

**Es necesario diferenciar claramente el proceso disciplinario propiamente dicho, que se inicia con la formulación de cargos al inculpado, de la investigación que se abre para determinar, luego de la recopilación de datos e informaciones, si hay lugar o no a correr pliego de cargos. Por esa razón no puede confundirse una declaración rendida en la etapa investigativa, con una diligencia de descargos, que obviamente debe ser posterior a la formulación de cargos. No podía la autoridad nominadora, con base en los resultados de una investigación, inequívocamente de carácter preliminar y por ende no constitituva de proceso disciplinario contra el actor, destituirlo de su cargo.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.-* Bogotá, D.E., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejera ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 755. Actor: Jairo Julio Casallas Robayo.

Mediante apoderado, el señor Jairo Julio Casallas demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 981 de 9 de marzo de 1977, en virtud de la cual se le destituyó del cargo que ocupaba en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA– y a título de restablecimiento del derecho solicitó su reintegro a dicho cargo o a otro de igual o superior categoría, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el lapso comprendido entre la fecha de la destitución y aquella en que se produzca su reincorporación al cargo y la declaración de que no ha existido solución de continuidad para todos los efectos legales y, especialmente, para los fines de la pensión de jubilación.

En síntesis expuso como hechos sustentatorios de sus pretensiones los siguientes:

A. El actor prestó, con lealtad, honestidad y eficiencia, sus servicios al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, entre el 1o. de abril de 1969 y el 16 de marzo de 1977.

B. En el mes de agosto de 1974, cuando desempeñaba las funciones de Planificador en el Programa de Crédito-Bánco Mundial, en el Proyecto Valle, el señor Hernando Ramírez Valdivieso presentó el INCORA dos solicitudes de crédito: una por $150.000.oo para ejecutar obras de adecuación en la finca "Las Vegas", ubicada en el Municipio de San Pedro, crédito que propuso garantizar con prenda agraria. El otro, para compra de una motobomba e instalaciones eléctricas, por la suma de $110.000.oo y ofreció como garantía, la constitución de prenda agraria sobre los elementos que adquiriera con el producto del mismo.

C. El prestatario no propuso garantía hipotecaria sobre el inmueble, porque no tenía el correspondiente título de propiedad.

El reglamento de crédito planificado acepta como prueba de la tenencia de la tierra, fotocopia de la escritura de propiedad, de la promesa de compraventa o de un simple contrato de arrendamiento; por lo tanto, no hubo objeción, cuando el prestatario respaldó su solicitud de crédito con copia del contrato por el cual prometía adquirir a un tercero el mencionado fundo.

D. El demandante efectuó los estudios pertinentes sobre la viabilidad de otorgar tales créditos y presentó las solicitudes a consideraciones del Comité de Elegibilidad.

E. En el historial del crédito aparece que se dió cumplimiento a los requisitos exigidos en el reglamento de Crédito Planificado-Banco Mundial.

F. El citado Comité, en su sesión del 20 de agosto de 1974, aprobó los créditos así: El crédito para adecuación por $110.000.oo con garantía hipotecaria y plazo de 8 años. El crédito para la motobomba e instalaciones eléctricas, por $82.000.oo, con garantía prendaria y cinco (5) años de plazo.

G. Los respectivos pagarés fueron revisados por el demandante, los cuales ostentan una fecha posterior a aquella en que se efectuó su revisión. Tales fechas fueron colocadas por la Caja Agraria en el momento de efectuar el desembolso del dinero.

H. El prestatario nunca constituyó la hipoteca para garantizar el crédito mencionado. Sin embargo, el doctor Hugo Fajardo Guerrero, Jefe de Desarrollo

Agrícola del Proyecto Valle, ordenó el desembolso y la entrega a aquél del valor de los créditos, aduciendo como razones para ello, las que expuso en la declaración rendida el 4 de diciembre de 1976 (fls. 134 bis a 136 cdno. ppal).

I. Por motivos distintos, el señor Ramírez Valdivieso se atrasó en el pago de las cuotas de amortización del crédito. "No obstante, la totalidad de dichos créditos fue cancelada".

J. "... Con fecha 21 de octubre de 1976 la Gerencia General del Incora ordenó adelantar una investigación de carácter administrativo en el Proyecto Valle, con base en hechos denunciados ante la Comisión de Personal por funcionarios del Proyecto. Dicha investigación se adelantó entre el 15 y el 27 de noviembre de 1976. El día 26 del mismo mes y año, los funcionarios que adelantaban la investigación fueron informados del problema relacionado con el crédito otorgado al señor HERNANDO RAMIREZ VALDIVIESO. Estos hechos se pusieron en conocimiento de la Subgerencia de Asentamientos Campesinos, que comisionó al Dr. JOSE VARGAS VELANDIA para adelantar la correspondiente investigación y rindió un informe con fecha diciembre 9 de 1976. Posteriormente el Dr. FABIO ROJAS GOMEZ, adelanta una '*investigación especial*', también relacionada con el crédito otorgado al señor RAMIREZ, en base (sic) de la cual rindió el informe de fecha enero 17 de 1977, y en él recomienda que se sancione a los doctores FAJARDO y CASALLAS, por violación de los artículos 6°, 8° y 9° del Decreto 2400 de 1968".

K. Previo concepto de la Comisión de Personal sobre su procedencia, mediante Resolución No. 981 de 9 de marzo de 1977, se destituyó al actor del cargo de Profesional Universitario VIII-28, del Proyecto Meta.

L. El acto administrativo cuya nulidad se impetra, según el demandante, se funda en hechos que no corresponden a la realidad, porque no hubo negligencia en el desempeño de sus funciones, antes por el contrario, adelantó todas las gestiones previstas en el reglamento para la concesión de los préstamos al señor Ramírez Valdivieso.

LL. Por lo demás "... El acto acusado fue expedido en forma irregular, por cuanto no se observaron en la tramitación del proceso disciplinario las normas de procedimiento que lo regulan, y se desconoció el derecho de defensa de mi representado. Además, fue dictado con abuso o desviación de poder y con violación de las normas superiores de derecho...".

Como disposiciones violadas con el acto acusado citó el demandante: "los artículos 2°, 16, 17,. 26 y 30 de la Constitución Nacional, 6°, 8°, 9°, 12, 14, letras a) y b) del inciso 1° y 25 del Decreto 2400 de 1968, con las modificaciones introducidas por el Decreto 3074 del mismo año, 105, numeral 7°, 125, 130,

131, 132, 134, 136, 140 letra e), 141, 146, 148, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156 y 157 del Decreto 1950 de 1973, 12 de la Ley 25 de 1974 y 41 de la Ley 153 de 1887. Además artículos 62 y 66 del C.C.A.". (Fl. 76 cdno ppal).

El concepto de violación de tales normas, se expuso en el libelo, en los términos que aparecen a folios 76 a 78 del cuaderno principal.

El Tribunal del conocimiento en sentencia de 5 de junio de 1981, acogió las súplicas de la demanda.

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria interpuso oportunamente, recurso de apelación contra ese fallo.

Reconstruido el proceso, por auto de 20 de marzo de 1987, se dispuso que quedaba en estado de dictar sentencia.

Se ha surtido el trámite correspondiente y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se decide el recurso, previas las siguientes

## CONSIDERACIONES:

El debate se contrae a determinar la legalidad de la Resolución No. 981 de 9 de marzo de 1977, mediante la cual la entidad demandada destituyó al actor del cargo Profesional Universitario VIII-28 del Proyecto Meta.

Debe entonces verificarse si éste fue destituido de su cargo, con estricto apego a la ley y previa observancia del derecho de defensa.

Los pasos fundamentales del proceso disciplinario, el cual necesariamente debe adelantarse para aplicar cualquier sanción administrativa, se relacionan con el respeto al derecho de defensa.

Por eso es indispensable que al inculpado se le formulen los cargos con toda claridad y se le informe acerca de las pruebas en que ellos se sustentan; se le brinde la oportunidad de rendir descargos y de solicitar la práctica de las pruebas que pretenda hacer valer para desvirtuar las obrantes en su contra.

Efectuado lo anterior, se calificará la falta y se impondrá por el superior jerárquico competente la sanción adecuada a la gravedad de aquella, teniendo en cuenta circunstancias eximentes de responsabilidad, atenuantes o agravantes de la misma.

En el caso debatido, la Administración erró al imponer la sanción de destitución, como se verá.

Por los documentos traidos al proceso se sabe que la entidad demandada adelantó una investigación administrativa en el Proyecto Valle, en relación con el otorgamiento de un crédito sin el lleno de los requisitos legales, al señor Hernando Ramírez Valdivieso (fl. 63 cdno. ppal).

Asimismo se deduce que a través de la aludida investigación se estableció que el Comité de crédito de esa dependencia regional del INCORA, del cual era miembro el demandante, el 22 de agosto de 1974, aprobó dos préstamos al mencionado señor, sin que se acreditara por parte de éste, el cumplimiento de los requisitos exigidos por el reglamento para tal fin; que el actor tuvo conocimiento de la enajenación de los bienes sobre los cuales se constituyó prenda agraria para garantizar los créditos a que se ha hecho referencia, así como de la imposibilidad del prestatario de constituir hipoteca sobre el predio "Las Vegas" para garantizar esas deudas, en razón de no ser el titular del derecho de dominio sobre el inmueble y que no comunicó tales hechos al INCORA.

Según las conclusiones de la mencionada investigación, el demandante tampoco informó a la entidad demandada que el doctor Hugo Fajardo Guerrero, Jefe de la Sección de Asuntos Campesinos del INCORA, era el propietario de la finca "Las Vegas", sobre la cual debía constituirse la hipoteca que garantizaría el préstamo hecho a Ramírez Valdivieso.

Por las razones anotadas los funcionarios investigadores tildaron al accionante de negligencia en el cumplimiento de sus funciones, y lo sindicaron de no haber cumplido el deber de desempeñar con solicitud, eficiencia e imparcialidad las funciones del cargo y de no poner en conocimiento del superior hechos que podían perjudicar a la Administración (fls. 49 a 62 cdno. ppal).

Enterada la Comisión de Personal de la entidad demandada de los resultados de aquella investigación preliminar, en la sesión de 9 de febrero de 1974, Acta 74, consideró que los cargos imputados al actor, ameritaban su destitución, decisión que la Administración adoptó por medio del acto acusado.

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra que la entidad demandada, con sobradas razones, realizó una investigación administrativa para establecer las circunstancias en que el Proyecto Valle otorgó créditos a Hernando Ramírez Valdivieso, pero lo que no halla probado en el proceso es que, con base en los resultados de dicha investigación, como era obvio, la Administración formulara cargos al actor por los hechos irregulares que, según los funcionarios comisionados, se presentaron en el otorgamiento de tales préstamos y en el de las correspondientes garantías, hechos en los cuales participó el accionante como empleado responsable del manejo de los créditos en la Zona de ubicación del predio en el cual se invertirían aquéllos.

No puede aceptar la Sala la aseveración de la parte demandada, en el sentido de que sí se formularon tales cargos al accionante, en la declaración, que en desarrollo de aquella investigación éste rindió ante un funcionario de la Oficina de Control de Operaciones de la entidad y el representante de los empleados ante la Comisión de Personal de la misma (fls. 251 a 258 cdno. ppal).

En efecto, analizando el contenido de esa declaración, se colige, que no había sido formulado ningún cargo al funcionario con anterioridad y que precisamente se le estaba solicitando que declarara lo que supiera acerca de los hechos investigados.

Tampoco puede admitirse que en la susodicha diligencia, se le diera oportunidad al accionante para rendir descargos, por cuanto aquél se limitó a responder el interrogatorio que los investigadores le formularon acerca de lo ocurrido en la tramitación de los aludidos créditos. Nunca, como se dijo antes, la Administración manifestó al actor que con su conducta infringía determinadas normas legales, por lo cual se le formulaban determinados cargos y, mucho menos, se le indicó que en esa misma diligencia debía presentar los descargos que considerara pertinentes.

Es necesario diferenciar claramente el proceso disciplinario propiamente dicho, que se inicia con la formulación de cargos al inculpado, de la investigación que se abre para determinar, luego de la recopilación de datos e informaciones, si hay lugar o nó a correr pliego de cargos.

Por esa razón no puede confundirse una declaración rendida en la etapa investigativa, con una diligencia de descargos, que obviamente debe ser posterior a la formulación de cargos.

Por lo demás, es cierto que el demandante en la diligencia consultó los documentos que a bien tuvieron proporcionarle los investigadores, pero ni se le dijo, ni se halla plenamente demostrado, que ellos constituyeron la totalidad del acervo probatorio esgrimido en su contra, a efecto de acreditar que había incurrido en la comisión de hechos que daban lugar a la formulación de cargos. Por tanto, no es dable asimilar la actitud permisiva de consulta de documentos otorgada por los investigadores al actor, con un traslado de pruebas dentro de un proceso disciplinario, cuya tramitación se halla totalmente regulada por la ley.

Tampoco la Sala comparte la posición de la entidad demandada en relación con la oportunidad que en la diligencia en comento, supuestamente, se confirió al demandante para solicitar pruebas.

De ordinario en tales diligencias, una vez finalizado el interrogatorio, se requiere al deponente para que aclare o adiciones su dicho. Tal ritualidad, de

ninguna manera reemplaza el cumplimiento de una etapa procesal definida por la norma, cuya finalidad es bien distinta a la señalada, toda vez que consiste en brindar al inculpado la oportunidad de aportar pruebas tendientes a desvirtuar los cargos que se le endilgan.

No podía la autoridad nominadora, con base en los resultados de una investigación, inequívocamente de carácter preliminar y por ende no constitutiva de proceso disciplinario contra el actor, destituirlo de su cargo.

La administración violó así la garantía constitucional del debido proceso ya que no dió al demandante la oportunidad para responder los cargos que se le hacían.

La Sala no puede dejar pasar la ocasión para censurar el proceder de la Administración al eludir el trámite legalmente adecuado, adoptando la decisión de destituirlo de su cargo por una vía equivocada, cuando bien hubiera podido ajustar su conducta a derecho siguiendo el procedimiento señalado en la ley.

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

**FALLA:**

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de junio de 1981, en el proceso instaurado por Jairo Julio Casallas Robayo, contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del veintitres (23) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

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

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

# SECCION TERCERA

## NULIDAD PROCESAL

**La problemática jurídica planteada no es ni puede ser objeto de debate a través de un incidente de nulidad de la actuación procesal, pues ella se relaciona estrechamente con el alcance de las pretensiones enlistadas en la demanda y, por lo mismo, el pronunciamiento correspondiente sólo puede hacerse en la sentencia. La única causal invocada por el impugnante es la que se recoge en el numeral 7° del artículo 152 del C. de P.C., que no puede ser alegada sino por la persona afectada. Se quiere significar que el apoderado del centro de imputación jurídica demandado no tenía el poder jurídico de poner en marcha el incidente de nulidad, el cual ha debido ser rechazado de plano por el *a-quo*.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.-* Bogotá, D.E., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 5908. Actor: SOCIEDAD SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES. Demandado: INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL.

### I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial del centro de imputación jurídica demandado, contra el auto calendado el día dieciocho (18) de mayo de mil novecientos ochenta y

nueve (1989), proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud del cual denegó la nulidad formulada por la parte impugnante, por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

"Manifiesta el apoderado de la entidad demandada, como fundamento de su petición, lo siguiente:

"1. Haber iniciado la entidad demandante obras en terrenos del instituto demandado, sin haberse cumplido el lleno de los requisitos exigidos por la ley.

"2. Las obras se iniciaron sin mediar contrato, y sin Licitación Pública.

"3. La Sociedad demandante hizo una cesión de su derecho litigioso a la Sociedad "Edificadora Convivienda en Concreto S.A.", y en el título de la Cesión se confirió poder para representar judicialmente a la sociedad cesionaria al mismo apoderado constituído por la sociedad cedente (fls. 80 y 81), pero ese poder no fue aceptado por cuanto el abogado no firmó el respectivo escrito, y por ende existe carencia total de poder para el proceso (art. 152 numeral 7° del C.P.C).

"De la solicitud de nulidad se corrió traslado a las partes, y el apoderado de la actora manifestó que se oponía a la solicitud en los términos indicados en su escrito visible a folios 204 y 205 del cuaderno No. 1.

"Para resolver, se

"CONSIDERA

"Con relación a los dos primeros argumentos observa la Sala que se trata de la formulación de una nulidad absoluta, fundamentada en cuestiones atinentes al fondo del proceso, y que como bien lo afirma el señor apoderado de la parte actora, se deben presentar como excepciones.

De otra parte el artículo 165 del C.C.A., señala "serán causales de nulidad en todos los procesos, las señaladas en los artículos 152 y 153 del C.P.C...". En consecuencia, por tratarse los dos primeros cargos de nulidades no procesales, hechos no constitutivos de nulidad, se denegarán.

"En cuanto a la nulidad por carencia total de poder para el respectivo proceso, se puede apreciar del examen del título mediante el cual la sociedad actora cedió su derecho litigioso (folio 81), que en el mismo instrumento se confirió poder al señor apoderado de la sociedad cedente, para que conti-

nuara actuando como representante judicial de la sociedad cesionaria "Edificadora Convivienda Ideas en concreto S.A.", con idénticas facultades a las que originalmente le habían sido conferidas.

"Si bien es cierto la aceptación del poder no fue firmada por el abogado designado para el efecto, su mandato sí fue ejercido, como consta en la sustitución que hace del mismo mediante la correspondiente presentación personal (fl. 107). Por tal motivo es procedente dar aplicación al artículo 67 del C.P.C., en virtud del cual la aceptación del poder se entiende producida con su ejercicio.-

"Por lo expuesto, se

"RESUELVE:

"Se deniega la solicitud de nulidad presentada por el apoderado judicial del Instituto de Crédito Territorial, visible a folios 193 a 196 del cuaderno principal".

(Fls. 210 a 211 Cuaderno No. 1).

## II. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 212 y siguientes del Cuaderno No. 1, aparece el escrito en que el mandatario judicial de la parte impugnante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso. En lo sustacial del mismo se destaca:

"PRIMERO. Como quiera que las causales de nulidad invocadas son de carácter absoluto demostrado por el hecho protuberante de haber iniciado la demandante obras de construcción en terrenos de propiedad de EL INSTITUTO sin el lleno de los requisitos necesarios, es decir, aceptando solamente una autorización de persona inhábil para consentir o autorizar o comprometer, cuando de lo que se trataba era de "ocupar materialmente" dichos terrenos, y no de iniciar trabajos que comprometerían a la Entidad Demandada ante la demandante.

"SEGUNDO. La actitud de la demandante contraviene normas de Derecho Público, cuales son los contemplados en el Título 1o. "Contratos de Obras de Carácter Público" y su objeto reglados en el art. 81 C.C.A. confirmando, además, la demandante, que se comprometió a "... adelantar obras inconclusas..." y, destinadas al servicio público de la comunidad. En este hecho se ha omitido el art. 82 del C.C.A., así mismo, por su valor superior a DOSCIENTOS MILLONES ($200.000.000.oo) DE PESOS conforme al numeral 3° de la misma regla, se debía someter a licitación pública, cuestión elemental que no se cumplió, toda vez que se omitió el trámite legal, pero

obsérvese, conforme lo admite la parte demandante, que NO SE CONTRATO, ¿cómo puede, pregunto, iniciarse trabajos con Entidad Oficial omitiendo el CONTRATO máxime cuando se trata de Entidad Oficial?, es obvio que lo ornado por el art. 84 *ibídem* con omisión de planos, proyectos y presupuestos, no fue tenido en cuenta; no es posible acuerdo personal entre personas jurídicas o con personas jurídicas de carácter público sin el lleno de los requisitos legales, eso lo sabe el más ignorante de los humanos, empero, como bien ratifica la demandante, si ella continuó trabajos ya iniciados por otra persona contratista que se supone había licitado y cumplido todos y cada uno de los requisitos de ley exigidos, entonces, es a aquella persona jurídica-contratista la que debió subrogar el contrato y no la demandante de mutu propio continuar unos contratos que sin subrogación ni aceptación de El Instituto demandado. Obsérvese que para que exista continuación contractual debe existir iniciación *ibídem* y, así tasarse sus valores sujetos a contrato.

"TERCERO. Respecto a la Nulidad Relativa, nos la ofrece la misma demandante al hacer cesión o traspaso a otra sociedad (fl-81 Cd. 1) de derechos litigiosos, pero ¿cuáles derechos litigiosos puede ceder si aún su capacidad procesal?

"CUARTO. No menos cierta es la otra nulidad, relacionada y enunciada art., 152-7 C.P.C. por indebida Representación de las partes tratándose de apoderados judiciales, por cuanto los apoderados estaban acreditados para actuar, pero no de la sociedad cesionaria que si bien ésta los aceptó, los apoderados no han aceptado el mandato, por ende existe carencia total de poder, es decir, falta la Estipulación, obviamente que el art. 69 del C.P.C., determina esta cuestión de apoderados y sustitutos y sus actuaciones, empero, éstas están sujetas al reconocimiento de esos apoderados por parte del H. Tribunal, buena cosa sería presentarse cualesquiera apoderados, actuar, y así continuar sin ser reconocidas, así Ales iacta est –la suerte estaría echada y sobraría la autoridad que dirige el proceso.

"Sustentado el Recurso de Apelación interpuesto, ruego al H. Magistrado dar el trámite legal para el H. Consejo de Estado".

## III. CONDUCTA PROCESAL DEL MANDATARIO JUDICIAL DEL DEMANDANTE

Dentro del término de ley el apoderado de la parte actora descorrió el traslado que se le dió, por mandato del artículo 213 del C.C.A, reiterando en ésta oportunidad los argumentos que sobre el incidente de nulidad planteó ante el *a-quo* en el escrito que obra al folio 204 del informativo, donde se lee:

"Me ha sorprendido leer hoy en el expediente de la referencia, un escrito presentado por un nuevo apoderado del Instituto de Crédito Territorial en el cual, ahora al momento de alegar de fondo, propone la declaración de nulidad del proceso, sin ningún fundamento serio. Si se le diera trámite, ello se traduciría en un entorpecimiento inaceptable de la secuela del proceso y en tal virtud considero que ésta no es manera como las partes deben propiamente colaborar en la delicada e importantísima tarea de administrar justicia. Todo lo contrario.

"I. Se sostiene en primer lugar, que un supuesto contrato sustento de las pretensiones de la demanda es nulo y que, por ende, el proceso dentro del cual se actúan pretensiones derivadas de tal instrumento, está afectado igualmente de nulidad.

"De todas formas, si le asistiere alguna razón al memorialista, lo planteado por él no sería nulidad procesal, sino excepción que no impide el fallo de mérito, pues a lo sumo determinaría una sentencia de fondo, desfavorable a las súplicas de la demanda, en el caso de probarse.

"Pero además, lo cierto en este asunto es que las pretensiones de la demanda no se sustentan en ningún contrato, pues como lo he sostenido desde el primer momento, entre mi mandante y el instituto no medió contrato alguno, por manera que aquí no se ha planteado un contencioso contractual. Al contrario se ha dicho, repetido y probado, que por no haberse formalizado contrato, y haberse procedido extra contrato, a instancias del mismo instituto se creó una *situación de enriquecimiento sin causa*, generadora de la obligación de restablecer el equilibrio económico y jurídico quebrantado; *ésto es lo que aquí se reclama*. En consecuencia es absolutamente inane la correspondiente petición de nulidad.

"II. De otra parte, el incidentalista pretende deducir una nulidad procesal con el argumento de que en virtud de la cesión, si bien los cesionarios ratificaron el poder en las personas inicialmente señaladas, ellas no han aceptado el mandato deduciendo carencia total de poder. Aparte de que resulta evidente el propósito dilatorio de esta afirmación, el señor apoderado desconoce, intencionalmente, el mandato del artículo 67 del C. de P.C., aplicable para este efecto por cuanto la aceptación del mandato se entiende dada por el ejercicio del mismo, sin que sea necesaria la firma en el poder. Consta en autos que después de efectuada la cesión y la ratificación del poder, éste ha sido ejercido, tanto por el principal como por el sustituto. Además, la figura que genera la nulidad por carencia total del poder, no hace relación en ningún caso a la falta de una firma del apoderado sino a la carencia del documento en sí o a la expresa manifestación del mandante en ese sentido.

"En mérito de las breves consideraciones que anteceden invoco lo preceptuado en los artículos 37 No. 3 y 38 No. 2 del C.P.C., y pido que no se dé curso a las peticiones mencionadas, por notoriamente improcedentes".

## IV. VISTA FISCAL

El Fiscal Octavo de la Corporación Dr. JAIME MOSSOS GUARNIZO, en su concepto de fondo, *OBSERVA*:

"El apoderado del Instituto de Crédito Territorial por medio de escrito propone incidente de nulidad en los siguientes aspectos:

"a) Por la circunstancia de haber iniciado la parte demandante unas obras en terrenos de propiedad del Instituto de Crédito Territorial, sin el lleno de los requisitos necesarios y sin existir contrato y licitación pública.

"b) La demandante, Suramericana de Construcciones S.A., hace cesión a la sociedad Edificadora Covivienda Ideas en Concreto S.A., pero el apoderado de esta última firma no firmó la aceptación del poder configurándose la violación al numeral 7° del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

"Pues bien, el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, señala expresamente las causales de nulidad en los procesos.

"Observa esta Fiscalía,. que la causal de nulidad del literal a) invocada por el apoderado de la entidad demandada no encaja en ninguna de las del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil y sus argumentos se fundamentan en cuestiones relacionadas con el fondo del mismo proceso, y por tal motivo son objeto de resolver en el momento de dictarse el fallo correspondiente y no en un simple auto interlocutorio como es el que resuelve una nulidad del proceso. Unas son las causas de nulidad de los contratos y otras las de nulidad de los procesos.

"Ahora, en cuanto a la causal b) de la carencia total del poder para el respectivo proceso, se observa, que si bien es cierto que el abogado de la firma concesionaria "Edificadora Coviviendas Ideas en Concreto S.A." no firmó la aceptación del poder, también es cierto que ha actuado en el proceso en tal calidad, por medio de los escritos que ha presentado, dándose cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil que dice: "Para que se reconozca la personería de un apoderado es necesario que éste sea abogado inscrito y que haya aceptado el poder expresamente *o por su ejercicio*" (subraya esta Fiscalía).

"Si el mencionado profesional del derecho ha intervenido en el debate judicial en nombre de la citada parte, implícitamente aceptó el poder.

"En consecuencia, esta Agencia del Ministerio Público, solicita al H. Consejo de Estado que se confirme el auto de 18 de mayo del corriente año, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca". (fls. 222 a 223).

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A. En el escrito en que el apoderado de la parte demandada propone el incidente de nulidad plantea aspectos de fondo relacionados con la filosofía jurídica que informa los artículos 79 y 84 del Decreto 222 de 1983, e interrogantes sobre el alcance jurídico y procesal de la cesión y traspaso que la sociedad SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. hizo a la compañía EDIFICADORA CONVIVIENDA IDEAS EN CONCRETO S.A., de todos los derechos y acciones que la parte actora tiene vinculados al presente conflicto de intereses (C. 1, fl. 80), para aterrizar, haciendo esfuerzos de calistenia jurídica, en la causal de nulidad consagrada en el numeral 7o del artículo 152 del C. de P. Civil, que la estructura cuando es indebida la representación de las partes.

Para la Sala toda la problemática jurídica anterior no es ni puede ser objeto de debate a través de un incidente de nulidad de la actuación procesal, pues ella se relaciona estrechamente con el alcance de las pretensiones enlistadas en la demanda, y, por lo mismo, el pronunciamiento correspondiente sólo puede hacerse en la sentencia, como bien lo recuerda el apoderado de la parte actora, en el escrito visible a folios 204 y siguientes del Cuaderno No. 1.

Agrégase a todo lo anterior que la única causal invocada por el impugnante es la que se recoge en el numeral 7° del artículo 152 del C. de P. Civil, que no puede ser alegada sino por la persona afectada, como bien lo dispone el artículo 155 del mismo estatuto. Se quiere significar, con esta conclusión, que el apoderado del centro de impugnación jurídica demandado no tenía el poder jurídico de poner en marcha el incidente de nulidad, el cual ha debido ser rechazado de plano por el *a-quo*. Sobre el particular el Dr. Hernando Devis Echandía, enseña:

"b) Tampoco podrá alegar una parte la indebida representación de la contraria o el que ésta no haya sido notificada o emplazada en legal forma, pues sólo la segunda podrá reclamarla (inc. 3°) y ni siquiera su coadyuvante ni su lits consorte; mucho menos un tercero; ésto es consecuencia del principio de que sólo puede reclamar la nulidad, la parte perjudicada con la causa que la produce" (Compendio de Derecho Procesal. Tomo III. Volumen I. Parte General. Quinta Edición. Editorial Panamericana. 1982 págs. 185 y 185).

B) Como es posible que la conducta del apoderado de la parte demandada encuadre dentro de lo preceptuado en el artículo 52 del Decreto 196 de 1971, que consagra las faltas contra la lealtad debida a la administración de justicia, se dispondrá en la parte resolutiva de ésta providencia que copia de toda la actuación, dentro del incidente de nulidad, se envíe al Presidente del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, para lo de su cargo.

Al estudiar el alcance de la conducta procesal indebida, Rodolfo Luis Vigo, en su obra Etica del Abogado. Abeledo Perrot enseña:

"2.2. DILATORIA. El proceso tiene un cierto ritmo y es necesario que su conclusión resulte oportuna. Toda conducta que altera ese ritmo, prolongando el proceso más de lo razonable, atenta contra la seguridad jurídica que genera la sentencia judicial al definir equitativamente los derechos y obligaciones de las partes, y además provoca una justicia tardía que por ser tal puede llegar a ser injusta.

"La conducta procesal dilatoria es aquella que aun careciendo de intención termina postergando más de la cuenta a la litis y su solución. Es decir que sus elementos esenciales son: a) afecta el tiempo del proceso en una medida significativa de manera que pueda concluirse que la parte ha ocasionado la dilación del mismo, es por ello, que no se trata aquí de una conducta negligente que se agota en la imposibilidad de concretar cierto acto procesal y que no alcanza a prolongar más de lo razonable la causa judicial, sino que la conducta dilatoria es el resultado de una valoración de la actuación de las partes y es así que motiva una específica sanción incluída en la sentencia definitiva; b) a diferencia de la conducta negligente, la dilatoria provoca un daño en la contraparte al ver demorada la definición judicial, y la consiguiente justicia y seguridad que supone dicha norma jurídica individual, y ese daño corresponde que en justicia sea reparado, al margen de que además se establezcan otras sanciones para el litigante según las características particulares de su proceder; y c) finalmente, la conducta dilatoria carece de la intención de generar el resultado que efectivamente produce, y esta característica es la que permite distinguirla de la maliciosa que a continuación analizaremos; es cierto que dicha distinción es sutil y que además no resulta fácil entrar a valorar intenciones, pero no caben dudas que desde el punto de vista teórico caben una dilación maliciosa o dolosa y otra culposa o incluso de buena fé, y esta distinción tiene importancia a los efectos de graduar la sanción de la parte que haya incurrido en conducta procesal indebida". (fls. 106 a 108).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

**RESUELVE:**

1. CONFIRMASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día dieciocho (18) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

2. Se condena a la parte actora al pago de las costas causadas en la segunda instancia. Tásense por la Secretaría.

3. Envíese copia de toda la actuación, dentro del trámite indicental de nulidad, al Presidente del Tribunal Superior de Bogotá para los fines indicados en los artículos 66 y siguientes del Decreto No. 196 de 1971.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

*Arturo Mora Villate*, Secretario.

**CONTRATO ADMINISTRATIVO/ LEGITIMACION PASIVA/ CONTRATO DE MANDATO**

**Para que la representación produzca el efecto que le es propio, de extender el vínculo obligatorio al representado pasando por alto al representante es necesario que se exprese en el negocio jurídico respectivo el nombre de representado y que se obra por y para él. Es lo que en la doctrina se conoce con la expresión "*contemplatio domini*" que se encuentra establecida en todos los casos de representación voluntaria en donde el representante actúa.**

**CONTRATO ADMINISTRATIVO** - Incumplimiento/ **PRUEBAS**

**La Sala llega al convencimiento del incumplimiento del deudor-vendedor a su obligación de entregar la cosa vendida (los vehículos de que trata el contrato, de la calidad pactada y no de otra) por el reconocimiento hecho por dicho deudor en carta dirigida el 6 de septiembre de 1984 al Director del Fondo Rotatorio del Ejército.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5627. Actor: Fondo Rotatorio del Ejército.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Industrial y Comercial Marco Internacional Ltda, contra la sentencia de 15 de septiembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

por la cual se declara que la citada sociedad incumplió el contrato de importación número 035 de 1983 que celebró con el Fondo Rotatorio del Ejército el día 27 de junio de 1983 y como consecuencia condenó a aquélla a reintegrar a éste la suma equivalente en pesos colombianos de US $563.700, junto con intereses, para cuya liquidación dijo "se tramitará el incidente previsto en el artículo 308 del C. de P.C." (fls. 259 a 284 C. 1).

## I. ANTECEDENTES:

1o. El Fondo Rotatorio del Ejército, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 87 del C.C.A., solicitó del citado Tribunal que se hicieron las siguientes declaraciones:

"1. Que se declare el incumplimiento del Contrato de Compra-Venta No. 035 de 1983 celebrado entre el FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO y la "SOCIEDAD INDUSTRIAL Y COMERCIAL MARCO INTERNACIONAL LTDA", para la adquisición por importación de seis (6) Camiones y dos (2) Carrotalleres American Motors fabricados en los Estados Unidos de Norte América.

"2. Que se condene a la SOCIEDAD INDUSTRIAL Y COMERCIAL MARCO INTERNACIONAL LTDA a la restitución al FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO de SEISCIENTOS SEIS MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO DOLARES (us$ 606.928.OO) más la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL CIENTO VEINTIDOS PESOS ($ 597.122.oo) MCTE, o todo su equivalente en pesos colombianos que recibió la Sociedad Contratista por concepto del valor del Contrato según Carta de Crédito No. 83187900245 del Banco de Colombia –Sucursal CAN– y mediante comprobantes de pago, por el precio de los vehículos.

"3. Que se condene a la Firma Contratista a pagar al FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO los intereses corrientes desde la fecha que recibió (sic) la plata hasta el momento en que se efectúe el reintegro en su totalidad a este establecimiento".

"4. Que se condene a la Firma Contratista al pago de todos los perjuicios derivados del incumplimeinto en forma ingeneri.

"5. Que se condene a la Firma Contratista a pagar al FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO los perjuicios materiales tanto en el lucro cesante como en el daño emergente derivados del incumplimiento del Contrato de Compra-Venta No. 035 de 1983 suscrito entre esta Entidad y la SOCIEDAD INDUSTRIAL Y COMERCIAL MARCO INTERNACIONAL LTDA".

2o. Los hechos fundamento de las pretensiones del actor, pueden sintetizarse así:

1. El Fondo Rotatorio del Ejército adjudicó a la Sociedad Industrial y Comercial Marco Internacional Ltda, la Licitación Pública No. 03 de 1983 para la adquisición por importación de un camión militar *American Motors* con capacidad de 5 toneladas y con las demás especificaciones indicadas en la demanda; cinco camiones marca *American Motors* de 2.5 toneladas, también con las demás especificaciones allí señaladas; y dos carrotalleres de mantenimiento de transporte de la misma marca y con especificaciones igualmente señaladas en aquella.

2. La Licitación Pública No. 013 de 1983 fue adjudicado a la sociedad demandada por medio de la Resolución No. 309 de fecha 3 de junio de 1983.

3. Con base en la Resolución de adjudicación el Fondo Rotatorio del Ejército y la sociedad demandada "celebrando el Contrato de Compra-Venta No. 035 de 1983, por medio del cual la mencionada Sociedad se comprometió a adquirir para la entidad contratante los camiones y carrotalleres descritos en el primer hecho de esta demanda, de acuerdo con las características y especificaciones determinadas en el pliego de condiciones elaborado por el FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO y en la oferta que presentó el Contratista".

4. En el pliego de condiciones de la licitación "se estipuló claramente que los camiones y carrotalleres objeto de la licitación, debían ser nuevos y de reciente fabricación".

5. La Licitación Pública No. 03 de 1983 se adjudicó a la sociedad demandada porque en la oferta que ésta presentó "ofreció el material de las calidades y condiciones determinadas en el pliego de condiciones".

6. Una de las obligaciones de la sociedad contratista era que los camiones y carrotalleres fueran *American Motors* fabricados en Estados Unidos, y que el material seria nuevo y de reciente fabricación".

7. El valor del contrato se pactó en la suma de US $606. 928.oo, adicionado posteriormente en la suma de $597.122.oo por concepto de mayor valor causado en los costos de los fletes marítimos. "Todo el valor anotado fue cancelado por el FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO a la sociedad contratista".

8. Adquirido el material por la Sociedad Industrial y Comercial Marco Internacional Ltda, el Fondo Rotatorio del Ejército y la Intendencia General del Ejército constituyeron un Comité Técnico que inspeccionó los vehículos objeto del contrato y estableció que "no eran nuevos ni de reciente fabrica-

ción, ni correspondían a las especificaciones estipuladas, sino que eran vehículos viejos que presentaban deterioro, averías, abolladuras y notorio desgaste".

9. "Inicialmente la Sociedad Contratista quizo (sic) hacer creer al FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO que los vehículos adquiridos eran nuevos, afirmando que no tenía número de serie con el fin de ocultar el año de fabricación de los vehículos y carrotalleres. Solamente después de varias inspecciones se logró establecer que los camiones carrotalleres si traia (sic) su correspondiente número de serie".

10. La firma *AM GENERAL CORPORATION*, a solicitud escrita de la Intendencia General del Ejército informó que "no había vendido dichos vehículos a la sociedad contratista, y que de acuerdo con los números de serie enviados, los camiones y carrotalleres en referencia correspondía a producción y fabricación de los años (sic) 1960, 1966, 1967, 1968, 1969 y 1970".

11. "Evidenciado el incumplimiento del contrato No. 035 de 1983 por la Sociedad Contratista, el FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO le exigió el cumplimiento del convenio y la indemnización de los perjuicios causados".

12. La sociedad demandada, en carta enviada a la entidad demandante, de fecha 6 de septiembre de 1984 "reafirmó lo estipulado en el Contrato en el sentido de expresar que la negociación se había efectuado partiendo de la base de que el material por adquirir sería nuevo producido en los Estados Unidos por la firma *AM GENERAL CORPORATION*" y aceptó que los vehículos "son reacondicionados" y propuso a la entidad contratante "reintegrar el excedente del justo precio del material adquirido, con lo cual se demuestra una vez más que dicha firma incumplió lo pactado en el Contrato".

13. "En el contrato de Compra-Venta No. 035 de 1983 celebrado entre el FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO y la SOCIEDAD INDUSTRIAL Y COMERCIAL MARCO INTERNACIONAL LTDA., se incluyó la CLAUSULA DE CADUCIDAD, observando las reglas del Decreto 222 de 1983".

3o. La sociedad demandada dió respuesta a la demanda (fls., 101 a 107, C.1) oponiéndose a las pretensiones del libelo, en cuanto a los hechos dihjo que la Licitación fue adjudicada a la firma *Defense Material Corporation* "para la cual MARCO INTERNACIONAL actuó como *representante* en el contrato 035 de 1983", que la sociedad si "ofreció suministrar el material de las calidades y condiciones determinadas en el pliego de condiciones, pero siempre poniendo de presente su calidad de *representante* de *DEFENSE MATERIAL CORPORATION* de Washington, quien, en esa virtud, es el real suministrante,

esto es, el contratista"; en cuanto al valor del contrato aceptó su monto pero dijo no haber hecho efectivo el pago "por razón de las desaveniencias acaecidas el momento de la recepción de los vehículos por parte de la Entidad Contratante"; afirmó que debía probarse por el actor que se había constituído un Comité Técnico entre el Fondo Rotatorio del Ejército y la Intendencia General del Ejército, que se habían inspeccionado los vehículos y que éstos no eran nuevos, así como la información suministrada por la firma *AM GENERAL CORPORATION*; afirmó no ser evidente que hubiera incumplido el contrato "porque además de que este hecho debe ser probado por el demandante, MARCO INTERNACIONAL LTDA no podía incumplir el citado contrato, habida cuenta de que actuó en él como representante de la firma *DEFENSE MATERIAL CORPORATION*"; negó que hubiera confesado haber incumplido por el hecho de buscar "fórmulas de avenencia" con el contratante pues sólo pretendía preservar con él buenas relaciones comerciales; y, finalmente, aceptó como ciertos los hechos 6o., y 13.

La demanda propuso como excepciones las que denominó "falta de competencia territorrial" y "falta de legitimación para resistir a las pretesniones", y fundó la primera en que los vehículos fueron recibidos por la entidad actora en la ciudad Barranquilla, lugar en donde se ejecutó el contrato, por lo cual debería aplicarse lo dispuesto por el numeral $8^{o}$ del artículo 132 del C.C.A., y la segunda la fundamentó en que de acuerdo con el contrato y correspondencia cruzada entre las partes, la sociedad demandada dijo actuar como representante "de la firma *DEFENSE MATERIAL CORPORATION*", firma ésta que hizo la misma manifestación en cartas dirigidas a la actora para concluír que "por estas razones, no es MARCO INTERNACIONAL LTDA la llamada a oponerse a las pretensiones del FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO, puesto que no creó con él ningún vínculo sustancial que la legitime en la causa para ello".

4. Tramitado el proceso en su primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le puso término por la sentencia apelada en la forma ya anotada y sin que prosperaran las excepciones propuestas porque, en cuanto a la primera, consideró que no era cierto que los vehículos cuya compraventa se convino entre las partes hubieran sido recibidos por la entidad actora en la ciudad de Barranquilla o hubieran debido ser entregados en dicha ciudad, y en relación con la segunda porque no se "configuró" que la sociedad demandada fuera la representación de la firma *Defense Material Corporation* y en esta calidad hubiera celebrado el contrato con el Fondo Rotatorio del Ejército, siendo aquélla "en realidad el contratista" por lo cual "si está legitimado (sic) en la causa para oponerse a las pretensiones de la demanda".

En cuanto al fallo del caso litigado, el *a-quo* fundamenta su decisión en que la sociedad demandada, de acuerdo con la Resolución No. 046 de 1983, por la cual la entidad demandada abrió la Licitación Pública No. 03/83 del 7 de febrero del mismo año, con el pliego de condiciones, con la Resolución No. 309 de 3 de junio de 1983 y con el contrato celebrado entre las partes, se obligó a que fueran nuevos los vehículos que debía suministrar de acuerdo con la licitación, su adjudicación y el contrato celebrado, aparte de que la sociedad demandada en la oferta presentada como licitante expresó que el material "será nuevo y de reciente fabricación".

"De manera –dice el sentenciador– que resulta clara la obligación del contratista de entregar los vehículos objeto del contrato con las características de nuevos y de reciente fabricación. Lo primero porque la administración en el pliego de condiciones hizo la exigencia de que fuesen nuevos; lo segundo en razón a que en la oferta en forma expresa la sociedad Marco Internacional Limitada manifestó que, además, los entregaría de reciente fabricación.

"En los contratos administrativos el contratista adquiere la obligación de entregar los elementos que son objeto del mismo, de conformidad con el pliego de condiciones y la oferta, pues el contrato se encuentra adecuado a los términos de esos dos actos. En el contrato se entienden incorporados el pliego de condiciones y la oferta, así como el acto de adjudicación. El contrato no se puede observar en una forma aislada sino, por el contrario, integrando al pliego de condiciones, a la oferta y al acto de adjudicación. Y esta integración se debe hacer no solo cuando en forma expresa se diga en el contrato –como ocurre en este caso con respecto al acto de adjudicación y a la oferta– sino también en los casos en que se guarde silencio al respecto, por cuanto, en definitiva esos actos hacen parte del proceso de contratación".

Enseguida el fallador examina el acervo probatorio a fin de determinar si se encuentra o no demostrado que "los vehículos que el contratista quiso entregar a la sociedad demandada eran nuevos y de reciente fabricación" y poder, entonces, concluír en el cumplimiento o no del contrato por parte del suministrador.

Para el Tribunal, según los términos de pliego de condiciones y de la oferta, y en acuerdo con el concepto rendido por uno de los dos peritos designados, por vehículos nuevos debe entenderse que no tuvieran uso y por de reciente fabricación, que correspondieran a modelos de los últimos años.

El Tribunal procede entonces a estudiar cada una de las pruebas allegadas y hace en primer término, una síntesis del que denomina "dictamen pericial" rendido por uno de los peritos.

El Tribunal estudia luego la prueba documental allegada y se refiere a la respuesta dada por "la firma fabricante de vehículos *–AM General Corporation–*" a una solicitud de información que le hizo el Intendente General del Ejército en donde le indica los números de serie de los chasises de los vehículos y los de las cabinas y motores de los camiones, inquiriéndole sobre su fecha de fabricación, nombre de fabricante y si ellos fueron vendidos por la interrogada, a la firma *Defense Material Corporation*, solicitud que fue contestada indicando en síntesis, que la "*AM GENERAL CORPORATION* nunca ha vendido vehículos a la firma *DEFENSE MATERIAL CORPORATION*", que los números de serie de los chasises corresponden a vehículos producidos entre los años de 1966 a 1970, que "los camiones de carga M 54 de 5 toneladas están fuera de producción o descontinuados desde 1960" y que el firmante de la carta de respuesta piensa "que los vehículos comprados por el Ministerio de Defensa Nacional no son nuevos y si son reconstruidos". Además, aparentemente refiriéndose a la serie de las cabinas y motores, se dice en aquella respuesta, que "no es identificable".

Finalmente, el Tribunal menciona una carta "del representante legal de la Sociedad demandada, de fecha 6 de septiembre de 1984, en la cual le propone unas fórmulas o alternativas al Director del Fondo Rotatorio del Ejército para la solución del conflicto, partiendo de la base de que los vehículos son recondicionados (sic), aunque con la afirmación de que "las minuciosas inspecciones efectuadas por personas técnicamente autorizadas no han permitido encontrar pruebas contundentes contra su calidad de nuevos".

Del estudio de los elementos probatorios examinados, deduce el Tribunal:

1o. Que "no existe evidencia de que los vehículos hubiesen sido usados para la fecha en que se debían entregar, es decir que no fuesen nuevos, pues mediante el dictamen pericial, por el contrario, de una parte, se estableció que el deterioro sufrido en la parte externa de los mismos correspondia al desgaste sufrido por el transporte entre su país de orígen y el lugar en donde se encontraban depositados, así como la permanencia al aire libre, y, de otra, en la parte interna del vehículo no se practicó la revisión que hubiere permitido llegar a una conclusión definitiva sobre ese punto".

2o. Que "de la información suministrada por el fabricante *American Motors*..., se establece que los chasises de los vehículos no eran de reciente fabricación...".

3o. Que "no se estableció si las demás partes de los vehículos fueron fabricados en las mismas fechas de los chasises. Pero esto lleva a una de dos conclusiones: la primera, que si fueron fabricados en esas mismas fechas definitivamente

todos los vehículos en sus distintos componentes no eran de reciente fabricación, pues evidentemente habrían sido contruidos entre los 14 y 18 años anteriores al año de ejecución del contrato; la segunda, si las partes distintas a los chasises fueron construidos con posterioridad a la connstrucción de estos, se produjo, entonces, un reacondicionamiento de los vehículos".

4o. Que "se establece entonces que, por lo menos, los chasises de los vehículos no eran de reciente fabricación y que con las demás partes ocurre lo mismo o se trata de vehículos reacondicionados, esto es que partiendo de chasises de modelos antiguos se reconstruyeron los vehículos utilizando partes de vehículos de reciente o aún (sic) de antigua fabricación. Y esto, en uno y otro caso, significa un quebrantamiento de la obligación contractual contraida por la Sociedad demandada, pues, conforme a la oferta, los vehículos no sólo debían ser nuevos sino también de reciente fabricación...".

Concluye, entonces, el *a-quo*, diciendo que "en estas condiciones y teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 1884 del Código Civil 'el vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato', en realidad se produjo el incumplimiento de la obligación principal de la sociedad contratante, pues los vehículos que quiso entregar a la entidad demandante no eran de reciente fabricación, conforme se estipuló en el contrato, con base, precisamente, en la oferta de quien luego se convirtió en contratista. Y es claro que ese aspecto de la oferta tuvo influencia en la adjudicación, pues en el pliego de condiciones se consignó la calidad de los elementos como el primer criterio prioritario para proceder a la misma, dentro de la cual encuentra ubicación la característica de reciente fabricación".

Habiendo , entonces, encontrado que "el contratista no cumplió con sus obligaciones contratuales" y que la entidad demandante cumplió con el pago del precio (lo que infiere el Tribunal de comunicación recibida del Banco de Colombia a su pedido, en el sentido de haber abierto en relación con el contrato celebrado entre las partes del litigio, carta de crédito por U.S. $563.700.oo debidamente cancelada), deduce que debe ordenarse, como en el efecto lo hace en la parte resolutiva, el reintegro a la entidad actora de la suma equivalente en pesos colombianos de la cifra indicada en dólares americanos, a la fecha de la sentencia.

En cuanto a intereses, dice el fallador que el demandante solicitó el reconocimiento de intereses corrientes pero que como ellos no fueron pactados y como "la condena a la restitución se hará en dólares, con la consiguiente revaluación, sólo procede el reconocimiento de los intereses legales o técnicos del seis por ciento (6%) anual" a cuyo pago condena desde el 26 de septiembre de 1985, fecha de la comunicación del Banco de Colombia arriba indicada y también hasta

la fecha de la sentencia. Agrega, que "la condena se hará en abstracto para su liquidación mediante el incidente previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Para estos efectos se obtendrán certificados del Banco de la República sobre el precio del dólar con respecto al peso colombiano" para el 26 de septiembre de 1985 y para la fecha de la sentencia.

Por último, en lo relativo a la pretensión sobre pago de todos los perjuicios derivados del incumplimiento, el *a-quo* dijo no acceder "a esa petición debido a que no se indicaron esos perjuicios, ni tampoco se determinaron en el curso del proceso".

5o. Como atrás se anotó, la parte demandada inconforme con el fallo interpuso contra él recurso de apelación (fls. 287 a 291, C. 1).

El recurrente expresa como motivos de su inconformidad, los siguientes:

"1. La sentencia considera que la posición ocupada por MARCO INTERNACIONAL dentro del contrato 035-83 no era la de representante de una de las partes, sino la de parte misma contratista, a pesar de que en el texto del contrato 035-83 se consignó que *MARCO INTERNACIONAL* obraba como representante de la firma *DEFENSE MATERIAL CORPORATION*, de Washington, y a pesar de que en la correspondencia posterior cruzada entre el Fondo Rotatorio del Ejército, la firma *Defense Material Corporation*, y la firma Marco Internacional se tiene a Marco Internacional como representante de *Defense Material Corporation*".

"Las razones que tuvo en cuenta el Tribunal para desatender el texto mismo del contrato y la correspondencia cruzada entre las partes son a todas luces erróneas y, en la práctica se reducen a explicar que el FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO habría cometido una irregularidad al contratar con *DEFENSE MATERIAL CORPORATION* y que por lo tanto no puede tener a esta entidad como la entidad contratista, sino a quien aparece como su representante. A este respecto debo anotar que aun si se considerara que MARCO INTERNATIONAL participó en la licitación número 03/83 a título personal, ello no tiene la virtud de invalidar el texto del contrato 035 de 1983, toda vez que este contrato no ha sido demandado de nulidad, y no se lo ha declarado nulo de conformidad con los procedimientos y garantías correspondientes".

"Así las cosas, no le es dado al Tribunal desatender el texto contractual que señala la existencia de un contrato entre FONDO ROTATORIO y DEFENSE MATERIAL, para sostener que EXISTE un contrato entre el FONDO ROTATORIO y MARCO INTERNACIONAL por el solo hecho de que esta firma participara, aún si en gracia de discusión se aceptara que a título personal, en ciertos actos y diligencias preparatorios del contrato".

"2. El Tribunal entendió que para el FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO resultaba una condición importante de los vehículos que deseaba adquirir el que éstos fueran nuevos, vale decir no sometidos a uso anterior, y que así lo consignó en el pliego de condiciones de la licitación; pero la condición –distinta– de que los vehículos fueran de reciente fabricación, fue una condición que resultó no de la petición del FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO sino de la oferta del contratista. Quiere esto decir que desde el punto de vista de su importancia, las dos condiciones difieren, siendo claramente secundaria la segunda".

"Ahora bien la sentencia consideró que los vehículos entregados al FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO eran nuevos o que, por lo menos, no se demostró lo contrario dentro del proceso, y trae en apoyo de esta aseveración las conclusiones del peritazgo. Pero aceptó la tesis de la demanda, según la cual los vehículos no eran de reciente fabricación, sobre la más precaria base probatoria, a saber sobre el dicho contenido en una carta escrita en idioma extranjero y suscrita por una persona cuyas condiciones de representante de la compañía *AMERICAN MOTORS* no se comprobaron legalmente y que finalmente no tiene en el expediente una traducción oficial. La prueba en cuestión, al tenor de los dispuesto en libro segundo, título XIII, capítulo VIII del Código de Procedimiento Civil, no puede tenerse como prueba dentro del caso".

"En resumen, la demostración del supuesto incumplimiento resulta de un peritazgo rendido por un perito único que, por tanto no puede ser tenido como prueba toda vez que contraviene lo dispuesto por el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, y por un documento en idioma extranjero, sin traducción oficial, que tampoco puede ser tenido como prueba".

"3. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, en caso de que uno de los contratantes no cumpla lo pactado en un contrato bilateral, puede el otro pedir a su arbitrio o la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. El juez, por su parte tiene autoridad en tales casos para decretar igualmente la resolución del contrato por indemnización de perjuicio o la sola indemnización de perjuicios. Pero el Tribunal optó, a instancia de la parte actora, por una decisión contraria a la ley, a saber ordenar que MARCO INTERNACIONAL reintegrara el precio del contrato, sin ordenar a la otra parte que integrara los vehículos y sin tener en cuenta que el precio del contrato no es equivalente al valor de los perjuicios, toda vez que este valor de perjuicios no se demostró en el proceso. Así mismo incurrió el Tribunal en el error de considerar que el precio del contrato lo había recibido MARCO INTERNACIONAL, basándose para ello en un error monumental que paso a explicar:

"El demandante solicitó en la demanda que se librara oficio al Gerente del Banco de Colombia Sucursal CAN, para que certificara sobre el pago del valor del contrato objeto de la controversia a la firma contratista. Así se decretó la prueba por el Tribunal tal como consta en auto que obra a folio 116 del cuaderno 1. Pero el secretario libró el oficio adiconando la enunciación de la prueba con una frase según la cual la firma contratista era "INDUSTRIAL Y COMERCIAL MARCO INTERNACIONAL LIMITADA" y dió lugar así a que la certificación expedida por el Banco de Colombia se refiriera a MARCO INTERNACIONAL como beneficiaria del pago. En otras palabras la Secretaría del Tribunal, sin darse cuenta, dirimió la controversia planteada, estableciendo que el contratista era MARCO INTERNACIONAL y no *DEFENSE MATERIAL CORPORATION* e indujo a que se produjera una certificación ambigua o falsa, puesto que, como consta en todos los documentos de la importación, tales como el certificado de origen, el documento de embarque, la factura comercial y la misma carta de crédito, el beneficiario de esta carta fue la firma americana "*GENERAL OVERSAES TRADING CORP*", lo que habré de demostrar dentro de la segunda instancia..." (fls. 289 a 192, C.1).

Estos argumentos los repitió el recurrente, con ligeras variantes, con ocasión del alegato de conclusión presentado en esta instancia (fls. 365 a 373).

6o. Durante la segunda instancia a petición del apelante se decretaron y allegaron como prueba documental copias de la carta de crédito abierta por el Banco de Colombia, de la solicitud de apertura de dicha carta, de un telex del citado banco dirigido a su corresponsal prorrogando la vigencia de la carta, de los documentos de embarque presentados por el exportador "para hacer posible el cobro y pago de la carta de crédito en mención", se pidió que el Banco de Colombia certificará sobre "quienes fueron el ordenador y beneficiario de la carta de crédito" y sobre la fecha, el valor, el país en donde se efectuó el pago y persona a quien se hizo; y se ordenó recibir testimonio del Gerente del mismo banco, acerca "del contenido y alcance" de la certificación que obra a folio 139 del cuaderno 1, mencionada atrás al hacer el recuento de los fundamentos de la sentencia recurrida.

7o. La sociedad actora, en su alegato de conclusión de segunda instancia (fls. 352 a 364) solicita se confirme el fallo apelado y para rebatir los argumentos del apelante dice, en síntesis:

a) Todos los documentos presentados por la sociedad demandada con ocasión de la licitación abierta por la entidad actora y que culminó en el contrato celebrado entre ellas (contrato 035/83) prueba que "fue celebrado entre la SOCIEDAD MARCO INTERNACIONAL LTDA, por intermedio de su Repre-

sentante Legal LUIS CARLOS MARTINEZ ERAZO y EL FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO, representado por el Coronel GUSTAVO A. MEDINA PLAZAS Director General, acogiéndose estrictamente también al Decreto 222/83 artículo 7º sobre Representación Legal de personas jurídicas".

b) El pliego de condiciones para la licitación exige que el material a suministrar debe ser nuevo y la sociedad demandada, en su oferta, consignó que los vehículos ofrecidos eran nuevos y de reciente fabricación.

c) El Fondo Rotatorio del Ejército adjudicó a la sociedad demandada "la Licitación Pública No. 03/83 por medio de la Resolución No. 309 del 3 de junio de 1983, teniendo en cuenta las condiciones ofrecidas, el material a adquirir y en especial sus características de equipo nuevo y de reciente fabricación".

Y sobre este punto agrega: "Es obligación de la administración analizar las ofertas tal como se presentan y decidir sobre la más conveniente para ésta, así mismo es obligación del CONTRATISTA una vez celebrado el Contrato cumplir las obligaciones que se fundamentan en el pliego de condiciones, en su oferta y en el Contrato mismo. Luego MARCO INTERNACIONAL LTDA, debe obligarse a cumplir lo pactado que no es otra cosa que la integración de las voluntades del Estado en el pliego de condiciones donde exige que el material sea nuevo, el oferente en su propuesta se obliga a suministrar vehículos nuevos y de reciente fabricación y las dos partes conjuntamente MARCO INTERNACIONAL LTDA, y FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO que plasmaron unas obligaciones entre ellas la entrega y recibo de los vehículos objeto del contrato 035/83 nuevos y de reciente fabricación, lo cual no sucedió, porque EL CONTRATISTA incumplió la obligación al entregar los vehículos viejos y usados".

d) De las revisiones técnicas practicadas una por el FONDO ROTATORIO (Acta 182 del 10 de abril de 1984 fls. 67 y 68, C.1) y otra practicada "por el Comandante del Batallón de Mantenimiento del Ejército, el Director de Transportes, por el Director de Adquisiciones, por un Inspector delegado, por el Comandante de la Brigada de Apoyo Logístico entre otros" (Acta No. 94 del 4 de abril de 1984, que no figura allegada al proceso anota la Sala), aparece que los vehículos "son de producción vieja", que son de modelos diferentes, que algunos tienen y otros no "base para el radiador", que "presentan desperfectos tales como corroción (sic) y rupturas por lo cual se presume que tengan cierto uso", que "no son nuevos", etc.

e) No sólo aquellas "pruebas demuestran lo relacionado con el uso, vejez y fabricación antigua de los vehículos", sino lo confirma la carta de 6 de septiembre de 1984, suscrita por el "Gerente Representante Legal de MARCO

INTERNACIONAL LTDA", de la cual el libelista transcribe algunos apartes.

f) Lo anterior está también demostrado por afirmaciones del fabricante American Motors y por el dictamen pericial.

g) Resume el actor esta parte de su alegato así: "la demostración del incumplimiento no obedece a un peritazgo rendido por un Perito único como lo asevera el demandado, sino que es fruto de una serie de pruebas concatenadas y claras que obran al expediente como son: a) las inspecciones practicadas por el Ejército a través de sus oficiales. b) la inspección judicial con intervención de peritos. c) El informe de la firma Fabricante de vehículos *Am General Corporation* en respuesta a una solicitud de información del Intendente General del Ejército de Colombia a través del Jefe de la Misión Militar del Ejército de los Estados Unidos. d) La carta de Representante Legal de la firma demandada del 6 de septiembre de 1984 donde propone alternativas para la solución, admitiendo que los vehículos son reacondicionados".

h) Refiriéndose a la crítica de la sociedad demandada a la sentencia cuando ordena reintegrar el precio del contrato "sin considerar que ... no lo había recibido ésta sino el beneficiario *General Overseas Trading Corp.* de Estados Unidos a través de una Carta de Crédito", dice que en negocios que implican importación de bienes su valor se cancela mediante la apertura de crédito documentario irrevocable sobre el exterior, lo que comúnmente se denomina Carta de Crédito; operación que se surte en coordinación con EL CONTRATISTA", como sucedió en este caso, en donde su representante legal "verbalmente manifestó al Director del Fondo que la carta" por valor de US$ 563.700.oo fuera expedida a nombre de la firma *General Overseas Trading Corp.* y como lo confirmó él mismo al Fondo Rotatorio del Ejército en comunicación del 4 de abril de 1984 "que obra al folio 112", y además, en la solicitud de apertura de dicho crédito, se instruyó al Banco de Colombia que se remitiera a la demandada copia de los documentos de embarque "toda vez que era el interesado como parte en el contrato 035/83 en conocer el estado en que se encontraba su importación", lo que el banco cumplió según consta en telex que envió a su bando extranjero corresponsal, lo cual conduce, al memorialista a afirmar: "Todas las certificaciones expedidas por el Banco de Colombia llevan a concluír que la Carta de Crédito fue cancelada totalmente al Contratista MARCO INTERNACIONAL LTDA, a través de su beneficiario autorizado por el mecanismo de Carta de Crédito *OVERSEAS TRADING CORP*, y en cumplimiento exacto de lo acordado entre ambos y probado mediante la carta de 4 de abril de 1984 firmada por el Representante Legal de MARCO INTERNACIONAL LTDA".

8o. La colaboradora fiscal de la Corporación, en su concepto de rigor, (fls. 375 a 383, C.1.), solicita que se confirme la sentencia apelada porque:

a) "Como bien lo observa el Tribunal, todo el trámite administrativo que se desarrolló durante el procedimiento de contratación indica sin lugar a dudas, que fue la SOCIEDAD MARCO INTERNACIONAL LTDA, la persona directamente interesada en la licitación del negocio jurídico.

"El hecho de ser o no ser representante de una o varias Compañías extranjeras se debe entender como un crédito o puntaje a su favor, en cuanto demuestra una cierta confiabilidad o experiencia en las ventas de los productos que se ofrecen, pero jamás podría confundirse con el significado que el mismo término tiene en derecho. Cuando la ley utiliza la expresión representación, las implicaciones del término son otras, y para que se pueda hablar de representación en derecho deben cumplirse ciertas exigencias", que para la Fiscalía, en acuerdo con el sentenciador, no se cumplieron porque la demandada no acreditó que fuera representante de la firma *Defense Material Corporation* ni tampoco demostró la existencia de esta persona jurídica extranjera ni tampoco que hubiera establecido una sucursal con domicilio en el territorio colombiano, como lo previene el art. 7° del Decreto 222 de 1983 y lo hacía el art. 6° del Decreto 150 de 1976.

b) La prueba documental demuestra el incumplimiento del Contratista, sin que tenga que recurrirse al peritazgo, cuyo valor probatorio objeta porque uno de los dos peritos designados renunció y no fue reemplazado y el otro, omitio su concepto a título personal, anomalía que "incide necesariamente en la idoneidad del dictamen, el que no se puede tener como prueba". (fl. 382, C.1).

c) Sobre el pago del precio del contrato, por parte de la entidad actora, dice la Fiscalía: "Aduce también el recurrente, que la carta de crédito no fue expedida a su nombre, siendo otra persona la beneficiada con ese pago. En relación con este punto la actividad probatoria del apelante fue persistente y cuidadosa durante la segunda instancia. Pero lamentablemente, a juicio de esta Fiscalía, tal hecho no incide para nada en el problema que se discute, pues cualquiera que haya sido el beneficiario de la carta de crédito, lo cierto es que la firma contratista no puede desconocer el pago.

"Por otra parte si el precio de los vehículos no le fue entregado de manera directa al contratista, esto se debió a que en el mismo contrato se estipuló que la cancelación del pago se haría a través de la carta de crédito, y al hecho de que el contratista de manera expresa y por escrito –ver comunicación al folio 9 del C. 2–, le exigió al Director del Fondo Rotatorio del Ejército que expidiera la carta de crédito a nombre de otra persona".

d) Y sobre la censura del apelante a la sentencia, porque la sentencia se limitó a ordenar el reintegro del precio sin ordenar la entrega de los vehículos al Contratista, dice que "de la demanda y de las pruebas se deduce que el Fondo Rotatorio no recibió los vehículos, ya que se abstuvo de susccribir la respectiva acta, lo anterior nos está indicando, que los vehículos solamente han permanecido en las instalaciones militares en espera de esclarecer y solucionar el problema. Y agrega que "teniendo en cuenta lo anterior y con el propósito de evitar interpretaciones erróneas, la sentencia deberá aclararse en tal sentido.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. En relación con la excepción propuesta como de "falta de competencia territorial", para la Sala está bien fundada la decisión tomada por el sentenciador de instancia en este partcular pues, además de los argumentos dados acerca del señalamiento en el contrato del nombre y dirección del destinatario de los bienes que se adquirían debe tenerse en cuenta que la ley establece que el comprador debe recibir la cosa en el lugar y el tiempo estipulado o, en su defecto en el lugar y el tiempo fijados por aquella parte la entrega (art. 943 del Código de Comercio). Además, el Código Civil, refiriéndose al pago de las obligaciones, entendidendo por éste como el cumplimiento de la prestación debida (art. 1626), establece que "si no se ha estipulado lugar para el pago, y se trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituírse la obligación.

"Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor" (art. 1646 C.C.).

En el presente caso, no se trataba de una obligación de cuerpo cierto como que el deudor (vendedor) podía solucionarla entregando cosas indeterminadas de la calidad y en la cantidad convenidas (arts. 1518 y 1566 ibídem) y el domicilio de la sociedad deudora es la ciudad de Bogotá (fls. 10 y 11, C.1).

2. En cuanto a la excepción denominada por la demandada como "Falta de legitimación para resistir a las pretensiones" que explicó como falta de legitimación pasiva por no haber sido, en su concepto, quien contrató a nombre propio con la sociedad actora, la Sala también esta de acuerdo con el a-quo cuando no aceptó su prosperidad por considerar que aquélla estaba legitimada para responder como demandada por haber sido la parte contractualmente obligada como vendedora en el contrato celebrado entre el Fondo Rotatorio del Ejército y la sociedad demandada, conclusión a la que llegó fundamentalmente por razones que se pueden resumir así:

a) Porque dicha sociedad fue quien presentó la oferta que fue favorecida con una adjudicación parcial dentro de la licitación No. 03/83.

b) Porque en la Resolución (la 309 de 3 de junio de 1983) se habló de adjudicar la licitación parcialmente a la sociedad demandada y no a otra, y

c) Porque en el contrato celebrado como consecuencia de los actos anteriores la referencia que en él se hace a la firma Defense Material Corporation no puede entenderse como demostrativa de haber sido ésta la contratista, no sólo porque no fue la que presentó la propuesta ni a quien se le adjudicó sino porque "en el proceso de contratación no se acreditó la representación de la firma *Defense Material Corporation* por Marco Internacional Limitada, pues no se desprende de los documentos presentados con la oferta ni de los integrantes del contrato. Además no se acreditó la existencia de la persona jurídica extranjera –Defense Material Corporation–, todo lo cual se requería, de conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 7° del Decreto 222 de 1983. Y en el curso de este proceso la parte demandada tampoco comprobó la existencia y representanción mencionadas" (fl. 272 C. 1).

Y la Sala está de acuerdo con el fallo de primera instancia en este particular no sólo por las razones expuestas sino por una adicional: Para que la representación produzca el efecto, que le es propio, de extender el vínculo obligatorio al representado pasando por alto al representante es necesario que se exprese en el negocio jurídico respectivo el nombre de representado y que se obra por y para él. Es lo que en la doctrina se conoce con la expresión "*contemplatio domini*", que se encuentra establecida en forma expresa en todos los casos de representación voluntaria en donde el representante actúa.

A nadie le es lícito celebrar negocios que afecten la esfera jurídica de otra persona sin estar facultado por ella o por la ley, para representarla (art. 1505) pues, de lo contrario el acto realizado por quien se dice representante de otro no puede vincular en sus efectos al representado.

El apoderamiento debe ser conocido por el tercero con quien va a contratarse pues éste, naturalmente, necesita saber con quien va a vincular contractualmente, como lo reconocen universalmente jurisprudencia y doctrina (ver por ejemplo, exposiciones de los tratadistas colombianos Enrique Gaviria Gutiérrez, en Lecciones de Derecho Comercial, Ed. Diké, Medellín 1987, pág. 248 y 22, y Gabriel Escobar Sanin, en Negocios de Sustitución, Edición de Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1987, No. 381 y ss) y como se desprende de varios textos legales positivos, por ejemplo, del art. 1506 del C.C.A, sobre estipulación en favor de otro la cual es revocable por la sola voluntad de las partes contratantes mientras no intervenga la aceptación expresa o tácita del Beneficiario; del

2186 *ibídem* en cuya virtud el mandante está obligado a cumplir las obligaciones que *a su nombre* ha contraido el mandatario dentro de los límites del mandato, del 2154 del mismo Código según el cual el mandatario que ha excedido los límites de su mandato, es sólo responsable al mandante y no a los terceros "cuando *no les ha dado* suficiente conocimiento de sus poderes" (subraya fuera de texto) y en especial del 2199, según el cual la expiración del mandato por causa ignorada por los terceros de buena fe que hubieren contratado con el mandatario les da derechos contra el mandante, de donde la necesidad de que los terceros conozcan que han contratado con el mandatario *por su calidad de tal*. Por su parte el Código de Comercio en este art. 833 estatuye que los negocios jurídicos propuestos o concluídos por el representante en nombre del representado producirán directamente efectos en relación con éste, de donde la necesidad de que conste la circunstancia de que se obra por otro.

Para evitar equívocos y remunerando la tradicional polémica acerca de si el mandato implica por su esencia la representación, la Sala deja constancia de que las normas sobre el mandato que ha citado deben entenderse aplicables a los casos en que por la naturaleza del negocio haya representación y no a los eventos en que el mandatario, como lo dispone el art. 2177 del Código Civil actúa en nombre propio, para el mandante, en cuyo caso no obliga a éste respecto de terceros pero sí se establecen relaciones obligacionales entre mandante y mandatario.

Es claro entonces que cuando a una persona se le ha conferido por convención la representación de otra y aquella actúa no basta con que le diga al tercero con quien pretende contratar que posee dicha facultad de representación sino que es indispensable que le informe que en ese pretendido contrato va a ejercer tal facultad, de tal forma que el tercero sepa que la relación jurídica se establecerá con el mantdante y no con el mandatario o con el representante en nombre propio.

Establecido lo anterior, el haz probatorio allegado al proceso de la referencia no muestra en parte alguna que la sociedad demandada hubiera hecho la manifestación de que actuaría en su calidad de representante de otro. La referencia a ser representante de una presunta firma o sociedad denominada Defense Material Corporation de Washington hecha sin otra añadidura en el encabezamiento del contrato, no puede entenderse para la Sala sino como una información de ostentarse esa calidad, pero no como la expresión de que el contrato se celebraba en y para el representado. Y menos puede entenderse cuando no se presentó al tercero con quien se contrataba ni la prueba de la existencia de aquél ni de los poderes que se le habían conferido.

Y no se pretenda decir, con un mal entendimiento del art. 837 del C. de Co., que el tercero ha debido pedir que se le exhibiera el poder conferido por la citada firma, porque esta norma lo que establece es que "el tercero que contrate con el representante podrá, en todo caso, exigir de éste que justifique sus poderes..." porque, en primer término, el tercero no entendió estar contratando con el representante de aquella firma sino, a lo sumo, con alguien que tenía esa representanción sin que por ello la estuviera ejercitando y en segundo lugar porque, en primer término, el tercero no entendió estar contratando con el representante de aquella firma sino, a lo sumo, con alguien que tenía esa representación sin que por ello estuviere ejercitando y en segundo lugar porque la disposición lo que confiere es una facultad ("podrá", dice) sin imponer una obligación.

Sólo más tarde, cuando ya existieron discrepancias entre los contratantes acerca de la calidad de los vehículos, fue cuando la sociedad demandada expresó a la entidad actora que actuando "en nombre y representanción de *DEFENSE MATERIAL CORP.* de Washington D.E. USA, como suministrador del material" (Carta del Gerente de MARCO INTERNACIONAL LIMITADA, de 4 de abril de 1984 –el contrato, recuérdese, tiene fecha de 27 de junio de 1983– dirigida al Director del FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO, que obra al folio 112 del cuaderno 1).

Hizo pues bien el fallador de primer grado cuando declaró impróspera la mal llamada excepción de "falta de legitimación para resistir a las pretensiones".

3o. Ahora bien, establecida como está la relación jurídica existente entre la entidad actora y la sociedad demandada, por virtud del contrato celebrado entre ellas y que se denominó "CONTRATO DE IMPORTACION No. 035/83" y alegado por la primera que la segunda incumplió, para la prosperidad de sus pretensiones aquélla tenía la carga de demostrar ese incumplimiento. (art. 177 del C. de P.C.) y se pregunta entonces la Sala, si ello ocurrió.

La entidad demandante pretendió probar el incumplimiento, que hizo consistir en haber intentado la sociedad demandada entregarle unos vehículos que no correspondían a las calidades especificadas en el contrato, por no ser nuevos y de reciente fabricación, mediante presentación con la demanda de una carta suscrita a instancias de aquella por quien se dijo Gerente, Administración de Contratos Internacionales, Am General Corporation, Detroit (fls. 71 a 73, C.1), que se encuentra en idioma inglés y en una traducción no oficial al español, pero sin autenticación ni reconocimiento alguno por parte del presunto signatario o sin que se hubiere probado por otros medios su autenticidad (art. 277 del C. de P.C.). En igual sentido obra en el expediente una carta en inglés, con fecha julio 30 de

1984, dirigida al Sr. Brigadier General Alberto González Herrera "*Quartermaster General, Colombian Army*, y un telex al mismo, sin traducciones oficiales y sin reconocimiento de las firmas.

Aquí la Sala se permite citar por lo pertinente, lo expuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentenica del 29 de noviembre de 1984, proferida dentro del juicio ordinario de Compañía Aseguradora Colseguros S.A. vs Corporación Nacional de Transportes Ltda. "Conaltra" y otros, en donde examino el caso de documentos que provienen de terceros y de los que provienen de la parte contra quien se aducen; dijo esta Corporación: "Cuando un documento proviene de un tercero y no de la parte contra quien se aduce como prueba ni de su causante, aquélla no necesita desconocerlo ni tacharlo de falso para evitar que se tenga como reconocido, porque de todas maneras la prueba de su autenticidad corresponde a quien lo aduce. Si se desconoce por la parte contraria no debe adelantarse incidente de falsedad o autenticidad, por analogía con la inadmisibilidad de la tacha de falsedad, 'cuando se trata de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica" (Providencia publicada en boletín No. 51 del Colegio de Abogados Comercialistas).

La otra pretensa prueba del incumplimiento alegado consiste en la copia del Acta No. 0182 de abril 10 de 1984 a la cual se refirió la Sala bajo el numeral del Capítulo I. antecedentes, que por provenir de la parte demandante, en cuanto la firman tres funcionarios de ésta, su Director, su Jefe División Contratos e Importaciones y su Asesor Jurídico, y otras personas, que no reconocieron sus firmas, no tienen virtualidad para establecer el hecho alegado como acreedor de obligaciones (devolución del precio y pago de perjuicios) a cargo de la parte contraria.

En su oportunidad legal, la entidad actora solicitó la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos "a los camiones y carrotalleres adquiridos por la Sociedad contratista" con el fin de establecer que ni eran "nuevos ni de reciente fabricación, que no correspondian al modelo estipulado y que presentaban "desgaste, raspaduras, abolladuras, y señales de uso considerable y deterioro" (fl. 6, C.1), prueba que fue decretada (fl. 116, C. 1) y para cuya práctica se designaron dos peritos quienes tomaron posesión del cargo (fls. 144 y 147, C. 1). Durante la diligencia de inspección judicial (fls. 17 a 22 vto. C. 2) las partes pidieron la ampliación del dictamen que deberían rendir los peritos a unos puntos adicionales que allí precisaron, a lo cual accedió el Tribunal *a-quo*, pero infortunadamente los expertos no rindieron su dictamen en la forma prevenida por la ley (art. 237, C. de P.C.), pues uno renunció al cargo, luego de realizada la inspección (fl. 160, C. 1) y no fue reemplazado y sólo el otro rindió su dictamen

(fls. 161 a 168, C. 1). Los vicios anotados hacen que no sea posible apreciar esta prueba.

Como atrás se explicó (No. 8 del Capítulo I. Antecedentes) la colaboradora fiscal de esta Corporación en su vista de fondo llamó la atención de la Sala sobre los defectos anotados de la prueba pericial pero conceptuó que los demás documentos que aparecen en el mismo expediente al ser analizados y valorados demuestran por sí solos "el incumplimiento del contratista demandado". Sin embargo, los documentos atrás descritos, por las razones ya anotadas no llevan a la Sala a la misma conclusión.

Pero no obstante la crítica que antecede al acervo probatorio, la Sala llega al convencimiento del incumplimiento del deudor- vendedor a su obligación de entregar la cosa vendida (los vehículos de que trata el contrato, de la calidad pactada y no de otra) por el reconocimiento hecho por dicho deudor en carta dirigida el 6 de septiembre de 1984 (...) p. 24 (fls. 75 y ss. C. 1) y que a la letra dice:

Sr. Coronel:

"En relación con los contratos de la referencia, me permito manifestar al señor Coronel lo siguiente:

"Porque constan en los expedientes de los respectivos contratos en el Fondo Rotatorio y demás documentación, no creo necesario entrar a hacer una descripción de la forma como se desarrollaron las etapas de licitación, contratación, expedición de cartas de crédito, llegada y nacionalización del material, su alistamiento, inspecciones, etc. En cambio quiero concretarme en el objetivo de buscar la mejor solución que, ante todo, proteja los intereses del Ejército y luego dejar en claro y en limpio las actuaciones que ha tenido el suscrito en su calidad de Gerente de la Compañía MARCO INTERNACIONAL LTTDA, y ésta, a su vez, representante en Colombia para este caso de la firma DEFENSE MATERIAL CORPORATION DE USA.

"Desde el mismo momento en que entramos en contacto con la citada firma americana, proveedora de material militar a varios países extranjeros según referencias obtenidas por nosotros, para participar en las licitaciones que dieron origen a estos contratos, *se partió de la base de que se trataría de material nuevo, producido en los Estados Unidos por AM General Corp.* Sobre esta base, MARCO INT. LTDA. obtuvo las cotizaciones y demás condiciones comerciales por parte de DEFENSE MATERIEL CORP. y una vez obtenida la adjudicación, viajé expresamente a Estados Unidos, durante (sic) los directivos de la firma, en presencia de otras personas, me reiteraron esta condición del material y me urgieron para que se les expidieran las respectivas cartas de crédito,

ya que de no recibir ellos oportunamente estos documentos tendrían que disponer de los vehículos para su venta a otro país.

Una vez despachado el material, se revisaron los documentos de exportación, base para su nacionalización en Colombia, los que se encontraron en regla, con la debida licencia de exportación del Departamento de Estado de USA y sin ninguna anotación de que se tratara de material usado o reacondicionado, como debería figurar en el conocimiento de embarque, si así lo fuera.

"Ante suposiciones del Sr. Ricargo Pombo A., expuestas en forma verbal ante el Sr. Gral. Intendente General del Ejército, de que el material fuera reconstruído, el Fondo Rotatorio exigió a *Defense Material Corp.* una certificación en la cual constara la calidad de los vehículos y sus condiciones de exportación, la cual fue contestada en forma positiva y detallada (Anexo A). Después de varias inspecciones del material por parte de oficiales de la Intendencia General, del Fondo Rotatorio y de otras personas técnicamente autorizadas, se hicieron otros requerimientos al Sr. Agregado Militar a la Embajada en Washington. Por ser de mi interés directo agilizar estos procedimientos y aclarar situaciones, viajé nuevamente a los Estados Unidos y me enteré de una comunicación enviada por el Sr. Agregado Militar a *Defense Material Corp.* (Anexo B) y que no había sido contestadas por esta firma; obtuve fotocopia, la hice llegar a la casa matríz en Nueva York, ya que el Sr. Edward Barret Vicepresidente de la firma y quien venía atendiendo estos negocios no se encontraba en el país, y logré que Defense Material Corp. respondiera esta carta. Previamente el Sr. Michael Bende, propietario de *Defense Material Corp.*, me había manifestado que los vehículos militares para exportación no llevaban número de serie, por lo cual le requerí que así lo informara por escrito al señor Agregado Militar, precisamente en la respuesta a la carta que él le había dirigido.

"A mi regreso a Bogotá me enteré de que aún había dudas de tipo técnico en el sentido de que los vehículos fueran nuevos, lo que venía aplazando la decisión de aceptarlos o no y para mi gran sorpresa, fuí informado en una reunión en la intendencia General de que, bajo la pintura, había sido encontrado el número de serie en todos los vehículos.

"Recibida la información oficial y escrita de este hecho por parte del Fondo Rotatorio, inmediatamente me dirigí a *Defense Material Corp*, Sr. Bende, exigiéndoles una aclaración inmediatamente en carta y traducción que me permito incluir (Anexo C) y manifestándoles, como lo he reiterado también telefónicamente, que esta actitud para mí era sospechosa de su buena fe y que, salvo una explicación satisfactoria, yo asumiría manejo abusivo de este asunto por parte de los funcionarios de Defense Materiel Corp. y me consideraría relevado de la obligación de seguir

representando sus intereses, pues no estuve ni podría nunca estar de acuerdo con que se utilice mi firma o mi persona para perpetrar un engaño al Ejército o al país.

"A pesar de mis presiones telefónicas y por télex para que se me respondiera este interrogante, *Defense Material Corp* no lo hizo y ésto para mí ha sido suficiente para asumir, bajo la responsabilidad que me imprime mi hombría de bien, que los vehículos eran reacondicionados y que algo irregular estaba ocurriendo. Solicité una entrevista con el sr. General Intendente General del Ejército para manifestarle ésto en forma personal y franca, pero no tuve esta oportunidad. Entonces, me presetné ante el sr. Coronel Director del fondo Rotatorio, mi contratante, para expresarle mi posición en forma oficial y ponerme a disposición de las determinaciones que al respecto se tomarán.

Mientras tuve el honor de pertenecer al Ejército como oficial en servicio activo, siempre pude mostrar una limpia y diáfana hoja de vida profesional, hasta el momento mismo de mi retiro a solicitud propia. Luego, como Licenciado en Comercio Internacional, preste mis servicios a la Institución como asesor de Importaciones. Terminado este contrato, inicié mis actividades como importador, fundando la Compañía MARCO INT. LTDA que tiene ya una limpia trayectoria comercial de algunos años habiendo realizado varios contratos con el Fondo Rotatorio del Ejército y otras instituciones, todos ellos cumplidos en forma exacta, profesional y satisfactoria, que nunca dieron lugar a reclamos. Muchos esfuerzos perdidos, grave enfermedad y perjuicios económicos me viene causado este problema, pues nunca obtuve un centavo por concepto de comisión o utilidad en estos contratos y sí en cambio he tenido que atender por mi cuenta considerables gastos en su desarrollo, ya que desde el momento mismo en que la calidad de los vehículos fue cuestionada, me abstuve de tocar ese dinero que, por otra parte, fue girado mediante cartas de crédito por un valor equivalente al 100% del valor de los contratos; pero mi único deseo ahora es el de continuar con dedicación exclusiva de mi tiempo y recursos a encontrar una salida que, como le decía al principio de esta carta sr. coronel, proteja los intereses de la institución a la que tanto debo y, por la misma razón, quede en limpio mi honestidad y el bien ganado prestigio de mi firma.

"Para concretar este propósito, me permito oponer a consideración del Ejército algunas fórmulas o alternativas, sobre las siguientes bases:

a) Los vehículos son reacondicionados.

b) El estado de los vehículos es óptimo. Las minuciosas inspecciones efectuadas por personas tecnicamente autorizadas no han permitido encontrar pruebas contundentes contra su calidad de nuevos.

c) La herramienta de dotación de los carrotalleres es de la mejor calidad, dentro de la producción americana (PROTO).

d) Los vehículos están y se entregarán en perfecto estado de funcionamiento.

"f) Estimar la devaluación de los vehículos, por su calidad de reacondicionamientos, en relación con su precio de compra pactado en los contratos, en un veinte (20%) por ciento, que sumado al 13% anterior, da un total de devaluación del 33%.

*1. Alternativa 1.*

"Devaluar el precio del material en un 20%.

Si MARCO INT. LTDA. obtiene el reintegro de la diferencia ($150.980) por parte de los suministradores, esta suma se reintegrará al Banco de Colombia mediante su corresponsal en el exterior y éste, a su vez, al Fondo Rotatorio del Ejército.

*2. Alternativa 2.*

Devaluar el precio del material en un 20%.

"Si MARCO INT. LTDA. no obtiene el reintegro de la diferencia por parte de los suministradores, MARCO INT. LTDA. se compromete en efectuar el reintegro, por su cuenta, en moneda nacional al Fondo Rotatorio del Ejército, dentro de un plazo prudencial acordado.

"3. *Alternativa 3.*

Devaluar el precio del material en un 20%.

"El Fondo Rotatorio del Ejército recibirá en especia (repuestos, conjuntos, herramientas, etc) como cargas básicas para los vehículos objeto del contrato u otro tipo de material, a precios oficiales del país de orígen, la diferencia resultante.

"En todos los casos, MARCO INT. LTDA. se reserva el derecho de adelantar las acciones judiciales del caso en Estados Unidos contra Defense Material Corp., para lo cual el Fondo Rotatorio se compromete a suministrarle todos los documentos, certificaciones y demás elementos que le sean requeridos.

"Naturalmente, el desarrollo de cualquier alternativa que fuera seleccionada, requiere de varios detalles de coordinación de tipo administrativo y legal, que se entrarían a resolver una vez tomada la decisión.

"Por último, deseo manifestarle señor Coronel y, por su digno conducto, al Comando del Ejército, que a pesar de haber yo obrado sólo en calidad de representante de la firma extranjera suministradora, estaré siempre frente a las responsabilidades que demanda este asunto con mi persona, mi patrimonio y todo mi esfuerzo, hasta que se encuentre la solución que más convenga a la Institución.

"De antemano agradezco al señor Coronel la acogida que puedan tener estas fórmulas y estaré a su disposición para lo que estime conveniente".

Como este documento fue aportado como prueba al proceso y proviene de la parte obligada, no era necesario su reconocimiento para ser tenido como demostrativo de los hechos alegados por la parte demándada, como resulta de la bien fundada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que atrás se transcribió.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia apelada en cuanto declara el incumplimiento del contrato de que trata la demanda y en cuanto obliga a la sociedad demandada a restituír el precio pagado, pues tampoco hay duda de que la entidad actora (la compradora) cumplió con su obligación de pagar el precio mediante la apertura de la carta de crédito acordada en el contrato y cancelada a quien el acreedor del precio (el vendedor) diputó para recibirlo.

4o. Habrá si que adicionar el fallo recurrido para declarar que la parte actora debe devolver, a la parte demandada, la cosa vendida y recibida (así hubiere sido a título precario), puesto que declarado el incumplimiento del contrato y el retorno del precio, lo que equivale, en el campo administrativo, a declarar resuelto el contrato, proceden las restituciones mutuas, como sucede en todo caso en que se hubiere recibido algo bajo condición resolutoria (en este caso la tácita envuelta en todo contrato bilateral), lo cual es procedente "aún cuando no se hubieren formulado súplicas expresas en esta materia, como que se suponen envueltas necesariamente en el objeto de la pretensión y en los fines de la acción judicial", según lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, para el caso de rescisión por lesión enorme, pero perfectamente aplicable a los casos de resolución por incumplimiento. (Sentencia de 20 de agosto de 1985, aún no publicada en la Gaceta Judicial).

Para los efectos de la restitución se tendrá a la sociedad demandante como poseedora de buena fé, por provenir esa posesión de la expresa voluntad del otro contratante, quedando obligada a devolver los vehículos en el mismo buen estado en que los recibió, salvo el deterioro natural que hubieren sufrido y que no se deban a su dolo o culpa grave.

Como a su vez, el vendedor también fue poseedor de buena fé del precio recibido, no deberá pagar intereses legales civiles sino a partir de la fecha

de la contestación de la demanda, lo que ocurrió el 10 de marzo de 1985. Esto por aplicación de lo dispuesto en los arts. 717, 961, 964 inc. 3°, 1483 y 1550 del Código Civil.

Las mutuas restituciones del precio y de los vehículos deberán efectuarse simultáneamente por las partes no más tarde de los ciento veinte (120) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia (art. 961 ib).

Teniendo en cuenta que lo que debe restituír la sociedad demandada es suma líquida de dinero, con sus intereses, no se ve para qué deba recurrirse al incidente liquidatorio de que trata el art. 308 del C. de p.C., como lo decide el fallador de primer grado, cuando sólo se trataría de efectuar unas simples operaciones matemáticas consistentes en calcular el valor en moneda colombiana de la suma de quinientos sesenta y tres mil setecientos dólares americanos (US$ 563.700.oo) el 10 de marzo de 1985, para cuyo efecto bastará obtener un certificado del Banco de la República sobre el valor para esa fecha del peso colombiano en relación con el dólar americano y enseguida se calculará sobre la suma resultante el interés del 6% anual, hasta cuando se efectúe el pago y ya se dijo cuándo deberá esto suceder.

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

**FALLA:**

Primero. Confírmanse los numerales 1° y 2° de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 1988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia.

Segundo. Modifícase el numeral 3° de la sentencia a que se refiere el ordinal precedente, el cual quedará así: "Como consecuencia de la declaración anterior se condena a la Sociedad Industrial y Comercial Marco Internacional Limitada a reintegrar al Fondo Rotatorio del Ejército la suma equivalente, en marzo 10 de 1985, en pesos colombianos, de quinientos sesenta y tres mil setecientos dólares americanos (US$ 563.700.oo), junto con los intereses legales del seis por ciento (6%) anual computados desde la misma fecha y hasta cuando el pago se efectúe, lo que deberá ocurrir no más tarde de los ciento veinte (120) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

A su vez simultáneamente con el reintegro de que se trata, el Fondo Rotatorio del Ejército deberá restituir a la Sociedad Industiral y Comercial Marco Internacional Limitada los vehículos que recibió de ésta por razón del contrato cuyo

incumplimiento se declara, debiendo responder por los deterioros que hubieren sufrido y que se debieren a su dolo o culpa grave.

Tercero. Modifícase el numeral 4° de la sentencia a que se refiere el ordinal 1° precedente, el cual quedará así:

La suma de capital que debe reintegrar la Sociedad Industrial y Comercial Marco Internacional Limitada en virtud de lo dispuesto en el numeral 3° tal como queda según el ordinal segundo que precede, devengará intereses comerciales moratorios transcurridos los ciento veinte (120) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 1o. de febrero de 1989.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**CONTRATO ADMINISTRATIVO/ ACTO SEPARABLE/ ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CADUCIDAD**

**Esta Sala logró acuerdo en el sentido de que cuando el acto de adjudicación se impugnaba con prescindencia del contrato que se había celebrado con el adjudicatario (no se pide la nulidad de éste ni la adjudicación al licitante vencido) la controversia no difería fundamentalmente de las propias de los demás actos administrativos; pero que si la pretensión anulatoria del acto de adjudicación se acumulaba con otra u otras pretensiones que tuviesen que ver con el contrato, por ejemplo la nulidad absoluta de ésta por ilegalidad de la adjudicación, la controversia sería contractual.**

**En el caso *subjudice* se da la primera hipótesis y el carácter de separable aparece incuestionable. Por lo tanto la caducidad de la acción de restablecimiento estaba regulada por el inciso 2°. del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, o sea por el término de cuatro meses.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.-* Bogotá, D.E., febrero siete (7) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5604. –Indemnizaciones–. Actor: PETER SANTAMARIA y CIA LTDA.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de septiembre 30 de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo

de Antioquia, por medio de la cual se denegaron las siguientes súplicas de la demanda:

"1. Que es nulo el artículo 3° de la Resolución No. 30 de octubre de 1984 del Consejo de Gobierno del Municipio de Medellín, por violación de los artículos 33 D.E. 222 de 1983, y 28 D. 150 de 1983, éste último expedido por el Alcalde Municipal de Medellín.

"2. Que de conformidad con los artículos citados y el proceso licitatorio correspondiente, debió habérsele hecho la adjudicación del contrato previsto en la disposición anulada, a Almacén Universal-Peter Santamaría y Cía Ltda.

"3. Que, en consecuencia, se declare que el municipio de Medellín está obligado a pagarle a la sociedad demandante los perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante derivados de no haberle otorgado la referida adjudicación y conforme a lo que se probare en este proceso. El valor de los perjuicios se ajustará en los términos que señale el artículo 178 del C.C.A.".

En el libelo se narraron en síntesis los siguientes hechos:

1) Que la Alcaldía de Medellín abrió proceso licitatorio con base en la Resolución No. 267 de 2 de abril de 1984, con el fin de adquirir cuatro equipos de rayos X y dos equipos diesel eléctricos para servicio de emergencia.

2) Que en el pliego de condiciones se precisó claramente el objeto para el suministro, instalación y puesta en servicio del equipo especificado.

3) Que en el mismo pliego (1.8) se permitió la presentación de alternativas, con las debidas explicaciones.

4) Que en el ítem 3.1.1 se especificó claramente el equipo requerido.

5) Que el Municipio dividió la licitación en dos partes, una para el equipo de rayos X y otra para el eléctrico.

6) Que fuera de la demandante se presentaron a la licitación Auteco S.A. y Motores S.A., habiéndosele adjudicado el equipo eléctrico a esta última.

7) Que las propuestas de Auteco S.A. y Motores S.A. no se ajustaron al pliego; situación que no se dio frente a la demandante, ya que fue ésta la única propuesta que cumplió con la exigencia de 50 KW efectivos contínuos. Por lo demás, las dos propuestas, que eran alternativas, no adjuntaron explicación alguna.

8) Que la propuesta de la demandante se rechazó por pedir un mayor precio; olvidando la administración que todo se debió a que las especificaciones técnicas de los equipos ofrecidos eran superiores a las de los otros proponentes.

9) Que según el artículo 29 del Decreto 150 de 1983 (Estatuto Contractual del Municipio de Medellín) la adjudicación deberá notificarse al favorecido y comunicarse a los demás.

10) Que el 15 de febrero de 1985 el Secretario General de la Alcaldía le envió a la demandante con oficio SG-033 copia de las actas de adjudicación.

11) Que la no adjudicación le produjo perjuicios de orden patrimonial.

En la fundamentación jurídica de la demanda se presenta argumentación en torno a los artículos 28 del Decreto 150 de 1983; 44, 47, 85, 87 y 136 del C.C.A., 34 del Decreto 222 de 1983.

Insiste la parte actora en la oportunidad de la demanda presentada el 14 de junio de 1985, ya que en esta fecha aún no había vencido el término de caducidad de la acción de restablecimiento propuesta contra el acto de adjudicación, calificado como separable del contrato por disposición legal.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el *a-quo* definió la controversia en fallo de septiembre 30 de 1988, y declaró la caducidad de la acción propuesta. Para el efecto, sostuvo:

"1. Como lo plantea la parte demandante (fls. 176 y 177) y lo acepta expresamente la demandada (fls. 425 y 426), el acto de adjudicación es separable del contrato y debe impugnarse a través de la acción de restablecimiento del derecho, precisamente la interesada en este proceso.

"2. Dispuso el artículo 34 del Decreto 222 de 1983, en sus incisos primero y segundo.

"De la autoridad competente para adjudicar. Corresponde adjudicar el contrato al Jefe del Organismo, previo concepto de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones o del Comité Técnico del mismo, con sujeción a las normas que regulan sus facultades. La adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido según el Decreto 2733 de 1959 o normas que lo sustituyan y *se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco días calendario siguientes*.

*"Contra esta resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa".*

"En términos idénticos, en lo esencial, están redactados los incisos 1° y 2°, del artículo 29, del Decreto 150 de 1983, "por el cual se expide el Estatuto

Contractual para el municipio de Medellín" (expedido por el Alcalde Municipal):

"De la autoridad competente para adjudicar. Corresponde adjudicar el contrato al jefe del organismo, previo concepto de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones o del comité técnico del mismo, con sujeción a las normas que regulan sus facultades. La adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido según el Decreto 2733 de 1959 o normas que lo sustituyan y *se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco días calendario siguientes*.

"*Contra esta resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa*".

"En términos idénticos, en lo esencial, están redactados los incisos 1° y 2°, del artículo 29, del Decreto 150 de 1983, "por el cual se expide el Estatuto Contractual para el municipio de Medellín" (expedido por el Alcalde Municipal):

"De la autoridad competente para adjudicar. Corresponde adjudicar los contratos tramitados mediante licitación pública o privada, al funcionario u organismo señalado en este Decreto. La adjudicación se hará mediante resolución que se notificará personalmente al proponente favorecido según el Decreto 2733 de 1959 o normas que lo sustituyan y *se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes*:

"Contra esta resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa".

"3. Como puede observarse a folios 218 y siguientes la propuesta a nombre de Peter Santamaría & Cía. Ltda fue presentada por JUAN SANTAMARIA A. *quién firma la reclamación presentada el 23 de noviembre de 1984, al Alcalde*. (fls. 204 y 205).

"Es importante tener en cuenta lo manifestado por el mismo Juan Santamaría Alvarez, al rendir declaración bajo juramento en la Personería Municipal el día 28 de enero de 1985:

"*Si me ratifico porque el memorial redactado por mí es la estricta verdad de los hechos relacionados con la licitación pública a que hace referencia dicho memorial*", f. 296 –se refiere a su comunicación de noviembre 23 de 1984, en la cual manifiesta que desde 8 días antes había tratado de conseguir (con la secretaria) una cita para informar la anomalía al sr. Alcalde:

"A no dudarlo, la sociedad estaba enterada, de la adjudicación de la licitación a otra empresa, desde *antes del 23 de noviembre de 1984*.

"4. Al referirse a la caducidad de las acciones dice el artículo 136, inciso 2°, del C. 01 de 1984:

"*La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, comunicación*, notificación o ejecución del acto, según el caso".

"La comunicación tiene como objeto enterar o informar a los interesados sobre la decisión tomada y, como se dejó analizado en el numeral anterior, la sociedad demandante estaba enterada de la decisión desde antes del *23 de noviembre de 1984* –en esa fecha envió la comunicación que obra a folios 204 y 205, ratificada por el señor Juan Santamaría Alvarez el 28 de enero de 1985, f. 296:

"Como la demanda sólo fue presentada el día *14 de junio de 1985*, resulta claro el fenómeno de la caducidad de la acción".

Descontenta la demandante con la decisión la apeló. Cumplido el trámite de la segunda instancia, se anota:

Para la fiscalía octava de la Corporación, la sentencia merece confirmación. De esa vista de 29 de noviembre de 1989, se destacan los siguientes apartes:

"El acto demandado, o sea, la Resolución 30 de octubre de 1984 proferido por el Consejo de Gobierno del Municipio de Medellín, es el que adjudicó la licitación para la adquisición de equipos de rayos X a una sociedad distinta de Peter Santamaría y Cía. Ltda, demandante en este proceso.

"Este acto es la culminación de una serie de actos para adjudicar el contrato y no puede considerarse separable del mismo contrato, y por tal motivo, la acción a seguir en caso de controversias es la prevista a contratos y así lo ha sostenido el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades como es el caso del auto de agosto 16 de 1982. Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo en el expediente 3602.

...

"En el presente proceso se instauró la acción ordinaria de restablecimiento del derecho y ese trámite se siguió en la primera instancia. De manera expresa así se solicitó en el libelo y la caducidad propuesta debe resolverse de acuerdo con lo impetrado allí.

"La caducidad de la acción planteada por la entidad demandada está demostrada, pues, efectivamente, la Sociedad Peter Santamaría y Cía. Ltda se enteró que no le fue adjudicada la licitación del contrato el 23 de noviembre de 1984.

"Ahora, si bien es cierto que el artículo 34 del Decreto 222 de 1983 ordena que se comunique a los no favorecidos de una licitación dentro de los cinco días siguientes a la adjudicación, también es cierto que esa comunicación es una forma de notificación y la Sociedad Peter Santamaría y Cía. Ltda antes de que llegara la respectiva comunicación ya estaba enterada; por lo tanto, la fecha que hay que tener en cuenta para contar los cuatro meses de la caducidad de la acción es la de 23 de noviembre de 1984, fecha en la cual envía la sociedad demandante al Alcalde de Medellín un memorial manifestando su inconformidad por la no adjudicación de la licitación del contrato a ella; y la demanda fue presentada en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia el 14 de junio de 1985, o sea, pasados los cuatro meses que señala el inciso segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo".

Para la Sala la sentencia, como lo pide la Fiscalía, deberá confirmarse, por las siguientes razones:

**Primero**. La acción intentada fue de restablecimiento del derecho, no sólo porque así lo expresó claramente la demandante, sino porque la legislación vigente a la sazón así lo imponía, dados los hechos narrados y el *petitum* formulado.

Se lee al folio 173 que "se presenta demanda por la vía ordianria de mayor cuantía en acción de restablecimiento del derecho de conformidad con el artículo 85 del C.C.A".

En la misma demanda se habla de la caducidad propia de estas acciones y se recalca que "en consideración que la adjudicación es un acto separable del contrato, esta acción versa respecto del acto adjudicatorio y no sobre el contrato adjudicado" (a folio 179).

**Segundo**. Los actos separables del contrato y su impugnación.

El Decreto 01 de 1984 no fue afortunado en el trato que le dió a los actos administrativos contractuales en cuanto a las acciones, caducidad, oportunidad y procedimiento. En tal forma la jurisprudencia, para ajustarse a las exigencias del Código, distinguió los separables de los contractuales propiamente dichos y aceptó que aquéllos eran los dictados por la administración antes de la celebración del contrato, y que podían existir aunque el contrato no llegara a celebrarse; y éstos, los dictados luego de su celebración, y que no podían darse sin la existencia de éste, por incidir en la relación negocial misma.

Con esas precisiones se aceptó que los separables estaban sometidos a las mismas reglas establecidas para los actos administrativos en general, en cuanto a sus acciones (nulidad y restablecimiento, artículos 84 y 85, en armonía con el

87 in fine), caducidad de cuatro meses (artículo 136, inciso 2°) y procedimiento ordinario a seguir (artículos 206 y siguientes); y que los contractuales estaban sometidos a las acciones provenientes de los contratos (artículo 87 inciso 1°), a la caducidad de dos años prevista en el inciso 7° del artículo 136, y al procedimiento especial regulado en los artículos 217 y siguientes.

Aunque durante la vigencia del inciso 8° del artículo 136 se debatió la índole del acto de adjudicación cuestionando incluso la calificación legal y dándole el carácter de bilateral por constituír, una vez notificado el vencedor de la licitación o del concurso, el convenio mismo, esta Sala logró acuerdo en el sentido de que cuando el acto de adjudicación se impugnaba con prescindencia del contrato que se había celebrado con el adjudicatario (no se pide la nulidad de éste ni la adjudicación al licitante vencido) la controversia no difería fundamentalmente de las propias de los demás actos administrativos; pero que si la pretensión anulatoria del acto de adjudicación se acumulaba con otra u otras pretensiones que tuviesen que ver con el contrato, por ejemplo, la nulidad absoluta de ésta por ilegalidad de la adjudicación, la controversia sería contractual.

En el caso *subjudice* se da la primera hipótesis y el carácter de separable aparece incuestionable. Por lo tanto la caducidad de la acción de restablecimiento estaba regulada por el inciso 2° del artículo 136 del C.C.A., o sea por el término de cuatro meses.

**Tercero**. Conocimiento del acto de adjudicación.

El municipio de Medellín adjudicó el contrato para la adquisición de 4 plantas de 45 KW mediante Resolución No. 30 de octubre 4 de 1984. Esta Resolución le fue notificada a Motores S.A., vencedora en la licitación, mediante oficio No. 1367 de 2 de noviembre de 1984.

De acuerdo con el artículo 28 del Decreto 150 de 1983 debió comunicarse también a los no favorecidos con la licitación, tal como lo ordena el artículo 28 del Decreto 150 de 1983 o estatuto contractual del Municipio de Medellín.

Aunque no obra dentro del expediente la prueba de ese ordenamiento (el que debió probarse por el actor en la forma exigida por el artículo 141 del C.C.A) la Sala acude al estatuto de contratación nacional, o Decreto 222 de ese mismo año, que contempla en su articulado norma específica sobre el punto y la aplica como fundamento de esta decisión. En tal sentido su artículo 34 exige la notificación personal al favorecido con la licitación y la simple comunicación a los demás.

Con base en esta norma la obligación de notificar personalmente la resolución se cumplió a cabalidad y esta exigencia no procedía frente a los licitantes

vencidos; los que sólo debían recibir comunicación. Y aunque no existe constancia de que se envió comunicación a Peter Santamaría y Cía. Ltda., sí existe la prueba de que esta sociedad tuvo conocimiento de esa adjudicación. No otro es el alcance de su comunicación de 23 de noviembre de 1984 (recibida en esa misma fecha por la entidad demandada), en la cual afirma no sólo conocer la adjudicación, sino que la cuestiona.

Así como en el derecho colombiano se puede dar la notificación por conducta concluyente (artículo 48 del C.C.A) cuando no se notifique el acto o la notificación se haga en forma irregular, podrá darse por comunicado un acto por igual conducta y con similares efectos. No puede olvidarse que la finalidad de esta comunicación es la de informar al destinatario de la existencia del acto, pero no le abre otra posibilidad gubernativa, porque el acto de adjudicación carece de recursos por mandato legal. Comunicación que, para el caso de los terceros no favorecidos con una adjudicación, no tiene el mismo alcance de la notificación por cuanto a partir de ésta nacen tanto para la entidad como para el adjudicatario ciertos derechos y obligaciones; derechos y obligaciones que no se producen con la simple comunicación y cuya ausencia ni siquiera tendrá la virtualidad de afectar la validez o eficacia del acto de adjudicación y menos su ejecutoria.

Finalmente se anota. Tanto la notificación de los actos como la comunicación tienen por objeto darlos a conocer, para el caso de que si otorgan derechos, impongan obligaciones o denieguen peticiones, los destinatarios puedan gozarlos o cumplirlas o puedan, en caso de desacuerdo con su contenido, ejercer los controles de legalidad propios, gubernativos y jurisdiccionales.

Si a pesar de la falta de notificación o de la comunicación la persona interesada conoce la decisión y ejerce el control adecuado, el acto se entiende notificado o comunicado, se dijo, por conducta concluyente.

En el *sub-judice* la demandante no puede negar ese conocimiento, con la comunicación que envió al municipio el 23 de noviembre de 1984, en la que glosa la adjudicación hecha a Motores S.A.

En síntesis, la demandante al asumir tal conducta aceptó conocer lo que se le debía comunicar y se le abrió la puerta para hacer lo único que podía hacer, o sea demandar. Así las cosas, ningún derecho se cercenó. Pero la única responsable de la presentación inoportuna de la demanda fue ella.

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

## FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de septiembre 30 de 1988 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 1° de febrero de 1990.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

## CULPA PERSONAL DEL AGENTE

**Los tratadistas sobre la reponsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio frente a la responsabilidad personal del agente de la administración, destacan como elemento diferenciador la circunstancia de que el último actúe estando desprovisto de todo vínculo con el servicio, es decir cuando sus actuaciones se cumplen por fuera de éste y en donde el factor "servicio" no está presente en ninguna forma.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., quince (15) de febrero de mil novecientos noventa (1990).*

Consejero ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5277. Actor: MARIA ENELIA CHAVARRO Y OTROS.

Conoce la Sala por vía de apelación la sentencia del 11 de diciembre de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila (fls. 65 a 76, C. 1), por la cual se deniegan las súplicas de la demanda; recurso que fue interpuesto por la parte actora.

### I. ANTECEDENTES:

1. Los ciudadanos María Enelia Chavarro, Juan José, William y Melcy Maris Alzate Chavarro solicitaron que se declarara que "La NACION es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de ALEXANDER ALZATE CHAVARRO, a manos de efectivos del

Ejército Nacional y con arma y munición oficiales, el día 8 de julio de 1984, en Pitalito, Huila y que en consecuencia se condenara a la Nación a pagarles los perjuicios morales y materiales ocasionados (fls. 9 a 16, C. 1).

2. Los hechos de la demanda, se pueden sintetizar así:

a) En las primeras horas de la mañana del día 8 de julio de 1984 se presentó, en un establecimiento (cantina) de Pitalito, un altercado entre varios agentes de la Policía Nacional y los suboficiales Gonzalo Corredor Páez y José Humberto Ramírez, miembros de las Fuerzas Militares, Batallón Magdalena de la Brigada de Neiva, en el que intervino el señor Alexander Alzate Chavarro "para meter la paz", durante el cual "el CABO SEGUNDO JOSE o JOSE HUMBERTO RAMIREZ le pasó su pistola al CABO PRIMERO GONZALO CORREDOR PAEZ, dándole la orden de que lo matara, y que ejecutó en el acto".

b) En la misma demanda se afirma que el señor Alexander Alzate Chavarro trabajaba como ayudante de bus de pasajeros y que "de lo que ganaba empleaba, por lo menos, la mitad, en ayudar a su señora madre..." y que "vivía, junto con los demandantes, bajo el mismo techo", existiendo entre todos ellos vínculos de afecto.

3. Notificado de la demanda el señor Ministro de Defensa, designó apoderado, quien la contestó oponiéndose a sus pretensiones argumentando que la víctima se expuso imprudentemente al peligro al intentar intervenir en la disputa que se presentaba "entre miembros del Ejército y la Policía en un establecimiento público donde se expenden bebidas alcohólicas y en altas horas de la noche" y alegó la excepción de inepta demanda pues, en su concepto, no se señaló con claridad al ente demandado ni se manifestó en forma "clara y expresa" el concepto de violación de las normas que se estimaron infringidas.

4. Rituado el proceso en legal forma, concluyó con la sentencia apelada en la cual, según quedó anotado, se deniegan las súplicas de la demanda con fundamento en que, de acuerdo con la prueba testimonial allegada dentro del proceso penal adelantado por razón de los hechos y ratificadas dentro del Contencioso Administrativo, así como de la documentación recogida resulta que:

a) Los suboficiales del Ejército "cuando cometieron los hechos de los cuales pretende la parte actora derivar indemnización, no estaban en ejercicio de sus funciones...", y el caso se suscitó cuando la víctima intervino en una discusión entre militares y policías que en traje de civil se encontraban en un lugar de diversión; y

b) "Las armas y municiones" no eran de dotación oficial "sino de propiedad y uso personal".

El Tribunal *a-quo* añade que lo anterior coincide con la afirmación "hecha dentro del proceso penal cuando al absolver al inculpado se dijo que no cometió el delito con ocasión del servicio, ni por causa del mismo, ni de las funciones propias de su cargo" y concluye que "en las condiciones anteriores no puede hablarse de una falla o falta del servicio, ya que ésta se predica de la Administración, circunstancia que implica que ella actúe o deje de actuar u omita o retarde el cumplimiento del servicio o lo preste de manera regular o deficiente.

"Se exonera de responsabilidad a la Administración cuando el daño es causado por el agente administrativo en actos fuera del servicio sin conexión con él y cuando la causa del daño que da lugar a la indemnización es la persona del agente y no la del servicio o anónima de la Administración" (fls. 65 a 76, C. 1).

Previamente, dentro de la misma providencia, el sentenciador no acogió la excepción propuesta de inepta demanda, por considerar que los actores al dirigir la demanda contra "la Nación representada para el caso por el señor Ministro de Defensa Nacional" y solicitar que se condenara a la misma entidad, indicaron claramente cuál fue la parte demandada, la cual, entonces, se encuentra adecuadamente identificada.

Y, en cuanto a la deficiencia en señalar el concepto de la violación expresó el sentenciador que por no tratarse de la impugnación de un acto administrativo no era necesario explicar dicho concepto bastando a los actores, con la mención genérica de las disposiciones en que fundan sus pretensiones, para respaldar lo cual citó un parte pertinente de la obra "Derecho Procesal Administrativo" de la que es autor el doctor Carlos Betancur Jaramillo.

5. Inconforme la parte actora con la decisión del *a-quo*, interpuso recurso de apelación el cual sustenta afirmando que "en el estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia la noción de falta o falla del servicio como fuente exclusiva de imputación de la responsabilidad de la Administración Pública ha vencido cediendo terreno a la más amplia y técnica de hecho dañoso que guarde alguna relación con el servicio", para luego alegar que habiendo ocurrido la muerte del señor Alzate Chavarro cuando intervino para evitar una trifulca entre miembros de la Policía y el Ejército, por cuestiones de honor entre las dos armas "no puede desligarse de los servicios militar y de la policía".

Recabando sobre el tema, sostiene que "si bien es cierto que a la postre el arma resultó ser propia de uno de los militares, de no haber sido militar, con toda seguridad que no la hubiera portado y si no la hubiera tenido en su poder tampoco hubiera causado con ella la muerte de Alzate Chavarro. Sólo la calidad de militar

explica que, cuando sucedieron los hechos que dieron lugar a la formación del proceso, portara en lugar público y de diversión, embriagado, además, arma que los particulares no pueden llevar en tales sitios ni aún con salvo conducto" (fls. 82 a 84, C. 1).

6. La apoderada de la Nación-Ministerio de Defensa, al descorrer el traslado de rigor solicita se confirme la providencia recurrida porque los hechos en que perdió la vida el señor Alzate, ejecutados por sub-oficiales fuera del servicio no se pueden vincular a éste "por el hecho de que los agentes hayan departido y hasta discutido de sus profesiones, de su honor" y repitió el argumento original sobre la imprudente exposición al peligro por parte de la víctima al intervenir "sin ser llamado para ello en un altercado entre dos personas" (fls. 89 a 91, C. 1).

7. La Fiscalía 7º de esta Corporación es partidaria, también, de la confirmación del fallo apelado, porque. "En el presente caso, no existe relación especial, temporal ni instrumental entre el daño y el servicio público militar o policivo. Efectivamente, el hecho dañoso se produjo en lugar no sometido al inmediato control militar o policivo (un establecimiento particular de diversión, abierto al público, sin custodia especial), por fuera del tiempo de servicio (los militares involucrados se hallaban en permiso y no "en facción") y con medios o instrumentos particulares (el arma con que se disparó no era oficial ni de dotación, ni hay constancia de que el porte indebido hubiese estado condicionado por la calidad militar del portador, pues este cometió la falta como la puede cometer cualquier particular, sin que algún privilegio se hubiera derivado de su calidad)".

El hecho de que los autores del daño fueran militares y no hubieran perdido su calidad de tales "por hallarse en uso de permiso" no hace responsable a la administración pues no estaban, cuando ocurrió el incidente, en ejercicio de funciones ni en cumplimiento de misiones o comisiones oficiales, ni tenían tutela alguna sobre la víctima (fls. 93 a 98).

## II. CONSIDERACIONES:

1. Los tratadistas sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio frente a la responsabilidad personal del agente de la Administración, destacan como elemento diferenciador la circunstancia de que el último actúe estando desprovisto de todo vínculo con el servicio, es decir cuando sus actuaciones se cumplen por fuera de éste y en donde el factor "servicio" no está presente en ninguna forma.

2. Es cierto que, como lo afirma el apelante, la noción responsabilidad del Estado ha venido ampliándose a partir de la estricta noción de falla del servicio

para extenderse a la de obligación de resarcir los perjuicios causados cuando la actuación dañosa del agente guarda alguna relación con el servicio, para comprender aquellos casos en los cuales la acción culposa o dolosa no hubiera podido cometerse sino por la vinculación del autor con el servicio, bien porque hubiese actuado mientras lo prestaba (aun cuando tal acción no fuera propia de dicho servicio) o con instrumentos facilitados por la Administración o en forma que ésta hubiera podido impedir.

3. En todo caso que se controvierta dicha responsabilidad y aún en el evento de falla presunta, quien pretenda estructurarla, tiene que demostrar ciertos presupuestos de hechos v. gr. a) Que se ocasionó un daño; b) que quien lo causó era agente de la administración; c) que actuó dentro del servicio o con ocasión del mismo o que, por lo menos, su actuación tuvo alguna conexión con dicho servicio, bien porque el instrumento usado pertenecía a éste, o porque el acto se ejecutó durante la prestación del mismo así no hiciera parte inherente de él; d) que los antecedentes del hecho hubieran podido permitir pensar a la Administración que razonablemente su agente podría incurrir en la comisión del hecho ilícito; e)el instrumento con el cual se causó el daño pertenecía a la administración o de alguna manera estaba bajo su cuidado y, sin embargo, descuidó su deber de vigilancia en forma tal que un tercero pudo usarlo y ocasionar el perjuicio.

En principio, el daño y alguno de los otros presupuestos tiene que aparecer plenamente comprobado sin que importe, dentro del actual concepto sobre "carga de la prueba", cuál de las partes del proceso aportó su demostración.

4. En el *sub-judice*, para la Sala no existe prueba de ninguno de los factores que podrían llevarla a pensar que se está en presencia de una responsabilidad de la especie mencionada y en cambio aparecen evidencias múltiples en contrario.

En efecto, quien se dice cometió el hecho (muerte violenta del señor Alzate Chavarro) a pesar de pertenecer al Ejército Nacional lo hizo por fuera de sus actividades como tal. (ver certificado o "constancia" al folio 94, C. 4).

El instrumento empleado era de propiedad de un tercero (sub- oficial Humberto Ramírez) y ni a éste ni a quien lo empleó en la Comisión del ilícito le había sido entregado ni para el ejercicio de sus funciones ni con ocasión de las mismas (ver la misma ("constancia") y el propio apoderado de los demandantes le reconoció en su alegato de sustentación del recurso de apelación (ver folio 84, primer párrafo, C. 1).

Los testimonios allegados hablan de una disputa ocurrida entre personas vestidas de civil, embriagadas, en lugar de diversión, alejado de los cuarteles de

policía y ejército, ocurrida de improviso, cuando nada permitía pensar que pudiera ocurrir una tragedia como la acontecida y en la cual resultó herido también un miembro del grupo dentro del cual se desarrollaba la querella (ver testimonios de Jesús Antonio Ramos Antury, Luz Bibiana López Yur y Herminsul Parracín Cuéllar, fls. 7º vto. a 11 vto; 23 vto. a 27 vto; y 34 vto a 37, respectivamente cuaderno contentivo del proceso penal seguido contra el cabo primero Gonzalo Corredor Páez ; y testimonio de Miller Murcia, fls. 28 a 30 vto, del cuaderno de pruebas solicitadas por la parte actora).

Expresó el apoderado de los actores en el mismo memorial de sustentación del recurso que el arma homicida (que, se repite, reconoció no ser de dotación, sino propia de uno de los militares envueltos en la reyerta) de no haber sido por su condición de militar "con toda seguridad no la hubiera portado y si no la hubiera tenido en su poder tampoco hubiera causado con ella la muerte de Alzate Chavarro". Pero esta es afirmación carente de todo respaldo probatorio, pues no hay prueba alguna que indique que el servicio hubiera permitido que la portara al acompañante del agresor (pues no era de éste) o que siquiera hubiera conocido previamente de la existencia de ésta, para que pudiera hablarse de alguna conexión así fuera tenue entre el instrumento que sirvió para causar el daño y el servicio.

Y pretender deducir responsabilidad ya no del Ejército Nacional sino de la Policía, como lo alega el mismo apoderado de los actores, porque hubieran sido miembros de ésta, otros protagonistas de la pelea que quiso evitar el señor Alzate Chavarro, quien a la postre resultó muerto, tampoco puede merecer acogida, entre otras razones por el sólo hecho de no haberse demostrado el mínimo presupuesto de que los individuos en cuestión ("el agente Guaca Obregón Víctor Alfonso y sus compañeros") fueran miembros de dicha institución.

5. No existe pues, prueba alguna ni de la falla del servicio, en la que pretendió fundamentarse desde la demanda, la responsabilidad del Estado, ni de la conexidad o relación con el servicio, a la que se intentó llevar la misma responsabilidad, durante la segunda instancia, por lo cual será del caso confirmar el fallo recurrido.

6. Atendiendo lo ordenado por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el 392-3 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte actora.

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:

1. Confírmase la sentencia del 11 de diciembre de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro del proceso de la referencia.

2. Costas en la segunda instancia a cargo de los actores, las que serán pagadas en un cincuenta por ciento (50%) por la señora María Enelia Chavarro y el resto, por partes iguales, por los restantes demandantes. Liquídense.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 15 de febrero de 1990.

*Gustavo de Greiff Restrepo*, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo*, *Antonio J. de Irisarri Restrepo*, Ausente; *Daniel Suárez Hernández*, Conjuez.

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA/ TEORIA DEL RIESGO/ CULPA DE LA VICTIMA**

**El estudio de la falla del servicio es indiferente en el presente evento, y la responsabilidad de la entidad demandada debe ser declarada con base en la teoría del riesgo.**

**La culpa de la víctima en el ámbito de la responsabilidad administrativa, no es más que la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado. La violación, entonces por parte de la víctima, de las obligaciones que en cada caso concreto recaen sobre ella como persona administrada, implica la exoneración total de la responsabilidad de la administración si tal violación es imputable de manera exclusiva a la víctima o simplemente parcial cuando la violación incida apenas como causa concurrente o concausa de esa responsabilidad.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., veintidos (22) de febrero de mil novecientos noventa (1990).*

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

Colaboró: *Dr. Juan Carlos Henao Pérez.*

Referencia: Expediente No. 4271 (47). Actor: MANUEL DIAZ.

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 demandada contra el fallo de

primer grado, proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 29 de septiembre de 1983.

## I. LA SENTENCIA APELADA:

Declara el fallo del *a-quo* la responsabilidad de las Empresas Públicas Municipales de Pereira, por la muerte de la menor LUZ EDITH DIAZ JARAMILLO, acaecida el 18 de marzo de 1981 en momentos en que se efectuaban trabajos de reparación de una red eléctrica de alta tensión por parte de trabajadores de la demandada. La citada red se vino a pique, y con ella entró en contacto posteriormente la menor, quien de esta manera encontró la muerte.

Luego de citar el fallo apelado los argumentos del Magistrado conductor del proceso, quien consideraba que en este evento se presentaba la culpa de la víctima como causal exonerativa de responsabilidad de la demandada –lo cual lo llevó a salvar su voto– consideró la sentencia:

> "Pero la parte impugnadora trata también de localizar la responsabilidad por el siniestro en la culpa exclusiva de la víctima, y hasta en la de los espectadores del hecho trágico. Algunos de éstos argumentos fueron acogidos en la ponencia conforme a la transcripción que se hizo antes.
>
> "¿Culpa de la víctima? ¿Deben, por ventura, los transeúntes, tomar precauciones para no enfrentarse a la peligrosidad de líneas eléctricas primarias (como se toman ante el tránsito automotor, o ante la acción de los raponeros por ejemplo) que estén por ahí, sueltas amenazantes, en la calle, esperando víctimas?. No, esas líneas tienen que estar, muy arriba, o, abajo, del suelo, fuera del alcance así sea intencional de los peatones, intencionalidad que casi se le atribuye aquí a la víctima cuando se finge, contra toda lógica, que la niña Luz Edith, pese a los gritos de advertencia que se dice se dieron, persistió, con vocación y decisión suicida, en su marcha hacia la muerte. No tiene respaldo la atribución de culpabilidad, y casi intencionalidad, en cabeza de la víctima. En cuanto a la de sus padres y a la de los espectadores, el aserto no resiste el más leve análisis. Discutiblemente, si alguna culpa pudiera atribuírsele a la víctima ella concurriría con la falla del servicio, en forma tal que la condena patrimonial se reduciría a la mitad. Pero no. No hubo culpa alguna de la víctima; y la responsabilidad corre a cargo, toda, de la Administración. Así debe reconocerla la sentencia y, a pesar de lo mal pedido, condenar a la entidad demandada al pago de los perjuicios morales, que se presumen, ya que los materiales no tienen siquiera un intento de comprobación. Aquellos perjuicios equivalen, según la jurisprudencia, a un monto igual al valor de mil gramos de oro certificado por el Banco de la República a favor del único demandante, el padre de la víctima, señor Manuel Díaz". (fol. 79, 80, C. 1).

A su turno el referido salvamento de voto expresó básicamente:

"En cambio existe prueba abundante de que la niña fue advertida de que si pasaba por allí se exponía a un peligro mortal y, no obstante, lo hizo. ¿Sería por su escasa edad, o por la confusión que le produjo la misma algarabía de los vecinos, como lo insinúa la señora Fiscal?. De todos modos, la niña fue imprudente y esa imprudencia le costó la vida. Naturalmente esta imprudencia no fue la causa eficiente de su muerte, pero tampoco ésta puede atribuirse exclusivamente a la actividad de los obreros que maniobran el transformador, concretamente a la elevación del voltaje al ser puesta la energía en funcionamiento, como lo cree la señora Fiscal. La imprevisión que conlleva esta afirmación podría también acarrear responsabilidad a las Empresas, pero no tiene suficiente respaldo probatorio". (fol. 88 - 89, C. 1).

## II. LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES:

A pesar de que mediante auto de 14 de agosto de 1987, el Consejero conductor del proceso dio traslado a las partes de conformidad con el artículo 212 del C.C.A., retrotrayendo así la actuación para hacer posible esa etapa procesal por no obrar en el expediente reconstruido alegatos de las partes (fl. 157), ninguna de éstas presentó los suyos en tal oportunidad (fol. 158 verso).

## III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

En concepto rendido por la Fiscal 2a. de la Corporación (fls. 160 - 163), se solicita la revocatoria del fallo apelado, para que en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda. Luego de hacer un recuento de los antecedentes del proceso, y de resaltar las pruebas obrantes en el expediente, expresó la vista fiscal:

"Teniendo en cuenta las diferentes declaraciones se puede concluir lo siguiente:

"No se pudo establecer en el presente caso, que los cables conductores de la energía estuvieran en mal estado.

"El cable, por circunstancias muy especiales antes mencionadas, según lo explicó el ingeniero Meneses Marín, se reventó, lo cual no puede calificarse de falla del servicio.

"En relación con la conducta de la víctima, se logró establecer, que tanto ella como los de*más moradores de la zona fueron avisados del peligro. Que un empleado de las Empresas Públicas, de manera afanosa previno a las*

*personas del peligro. A la niña se le insistió, gritándole que no continuara en su empeño de cruzar y acercarse al peligro. Se hizo pues todo lo que se podía hacer en un caso de emergencia y recibido el aviso sobre el daño del cable se procedió a su reparación.*

"A juicio de este despacho, fue la conducta de la víctima el hecho determinante de lo que le ocurrió; lo que exime de responsabilidad al ente demandado".

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala se encuentran debidamente ameritados los siguientes hechos:

1. La menor LUZ EDITH DIAZ JARAMILLO nació el 20 de septiembre de 1969 (fl. 143), y murió el 18 de marzo de 1981 (fl. 149);

2. "La muerte se produjo como consecuencia natural y directa de edema pulmonar agudo consecuente a fibrilación ventricular debida a quemaduras necesariamente mortales por corriente eléctrica, situadas en las regiones anatómicas ya descritas en el examen exterior" (fl. 123);

3. El accidente que causó la muerte a la menor tuvo lugar en la carrera 27 entre calles 71 y 72 de la ciudad de Pereira, en momentos en que una cuerda primaria de energía eléctrica cayó sobre una casa (fls. 11, 17, 32 y 128), a 150 metros del sitio donde trabajadores de la Entidad demandada efectuaban labores de reparación del transformador al cual estaba conectada la misma línea (fl. 23).

4. El mencionado accidente se produjo cuando siendo aproximadamente las 18:50 del día 18 de marzo de 1981 y estando la línea primaria caída sobre una casa a una altura aproximada de 1.30 metros del piso, fue conectada por la menor (fls. 23, 32, 133 y 134).

5. La menor hizo contacto con la cuerda a pesar de que vecinos del lugar y el señor JADER FLOREZ, trabajador de la demandada, le alcanzaron a gritar, en la situación de caos creada por el accidente, que desistiera de su carrera mortal que ya había iniciado (fls. 32, 39, 128, 133 y 136).

6. La menor contactó la primaria cuando, viniendo de un hogar vecino, intentaba guarecerse en el suyo (fls. 128, 133 y 134).

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

## I. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION:

En reiteradas oportunidades ha expresado esta Sala que los perjuicios ocasionados a raíz de la prestación del servicio público de energía, deben ser estudiados bajo los supuestos de la teoría del riesgo. Así, en sentencia de octubre 5 de 1989, expresó:

> "Se encuentra la Sala, en el *sub-judice*, ante un evento de perjuicios ocasionados por la prestación del servicio público de energía que, como se ha expresado reiteradamente, debe ser estudiado bajo la óptica de la teoría del riesgo, y no bajo aquella de la falla del servicio, como lo hizo el *a-quo*.
>
> ...
>
> "Es pues con base en esta orientación jurisprudencial, con la que debe ser declarada la responsabilidad de las Empresas Públicas Municipales de Santa Rosa de Cabal, por las muertes de los menores José Ramiro Ríos Valencia y José Uriel Carmona Ceballos ocurridas a raíz del desprencimiento de un cable de alta tensión en el Municipio en el cual están llamadas a prestar el servicio público de energía a su cargo" (Expediente No. 4510).

Trae a colación la Sala la sentencia anterior, pues considera precisamente, que tanto el Tribunal –incluído el salvamento de voto de la sentencia–, como la vista fiscal, realizan considerables esfuerzos para determinar si existió o nó una falla del servicio, para condicionar así la declaratoria de responsabilidad de la demandada, olvidando que, a pesar de ser el régimen de la falla del servicio el régimen de derecho común en la responsabilidad extracontractual del Estado de Colombia, existen también regímenes como el del riesgo que, como se ha dicho, es aplicable al caso de autos.

En efecto, en el presente proceso no se encuentra inequívocamente determinada la causa jurídica del accidente, es decir el por qué éste se produjo. Mientras para el testigo MENESES "lo que ocurrió en éste caso fue la coincidencia de dos disturbios" (fl. 26), para el testigo GUTIERREZ "la causa *pudo haber sido* un punto débil en el sitio de la ruptura y, como antecedentes, un *probable mal estado de la línea*" (fl. 44). Pero, el hecho de no encontrarse claramente establecido el por qué del accidente, no puede conllevar a dejar sin reparación a la víctima, como lo sugiere la señora Fiscal cuando afirma que, "no se pudo establecer en el presente caso, que los cables conductores de la energía estuvieran en mal estado" (fl. 162). Todo lo contrario, dicha situación no es óbice para que, teniendo en cuenta la teoría del riesgo, la responsabilidad de la entidad demandada sea declarada en el presente proceso ya que, precisamente, la teoría

del riesgo es ajena a la noción de falla del servicio, y se aplica en el ámbito de los perjuicios eléctricos, en los cuales las más de las veces al azar y lo desconocido en el por qué se producen los accidentes, están presentes.

Por lo anterior pues, considera la Sala que el estudio de la falla del servicio es indiferente en el presente evento, y que la responsabilidad de la entidad demandada debe ser declarada con base en la teoría del riesgo, como efectivamente se hará.

## II. LA CULPA DE LA VICTIMA:

El hecho de que tanto el salvamento de voto, la sentencia del *a-quo*, como la vista de la colaboradora Fiscal de ésta Corporación consideren que en el presente evento se configuró la culpa de la víctima como causal exonerativa de responsabilidad de la demandada, obligan a la Sala a realizar breves consideraciones al respecto.

1. La culpa de la víctima, entendida como causal exonerativa de responsabilidad del ente al cual se le imputa un daño, es una figura consustancial al derecho de responsabilidad. Jurisprudencia y legislación nacional así lo han establecido desde hace mucho tiempo. En efecto, el artículo 2357 del C.C.A., estatuye que "la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"; contiene así nuestro ordenamiento positivo norma expresa mediante la cual se obliga al juez, frente a las circunstanias concretas de producción del daño, a apreciar el comportamiento de quien habiéndolo sufrido pretende indemnización.

2. Si la culpa es, en los términos clásicos definidos por los hermanos MAZEAUD, "un error de conducta que no habría cometido una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas del autor del perjuicio", aquella de la víctima, no es más que igual noción pero predicable de quien pretende indemnización.

3. Debe por tanto la Sala, en virtud de esta noción así como en atención a lo dispuesto por el art. 2357 del C.C.A., analizar el comportamiento de quien se dice perjudicado por el obrar de la administración. Partiendo de la realidad histórica del proceso, la Sala debe establecer si la víctima con su comportamiento fue causa única o concausa en la producción del daño, o si, por el contrario, su comportamiento no fue relevante en el acaecimiento de éste. Para ello procede la Sala a hacer algunas precisiones, habida consideración de que la aplicación de la mencionada causal exonerativa puede plantear serios problemas en la solución de casos concretos.

4. En primer término, se debe anotar que la culpa de la víctima en el ámbito de la responsabilidad administrativa, no es más que la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado. La violación entonces, por parte de la víctima, de las obligaciones que en cada caso concreto recaen sobre ella como persona administrada, implica la exoneración total de la responsabilidad de la administración si tal violación es imputable de manera exclusiva a la víctima o simplemente parcial cuando la violación incida apenas como causa concurrente o concausa de esa responsabilidad.

5. En segundo término, debe el juez, para poder determinar con precisión si hay "violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado", establecer un parámetro de comportamiento habitual, normal e "ideal" de los administrados, para que así logre realizar la confrontación, basado en los hechos del proceso, entre dicho parámetro y la realidad histórica que arroja el proceso, estableciendo de este modo si se configura o no la causal.

En el presente proceso se tiene que la menor LUZ EDITH DIAZ JARAMILLO, a pesar de las advertencias que se le hicieron para que no continuara su mortal carrera, no prestó atención, lo cual lleva a predicar a la Señora Fiscal que "fue la conducta de la víctima el hecho determinante de lo que ocurrió" (fl. 163).

No comparte la Sala las apreciaciones del Ministerio Público. En efecto, de la probanza allegada al expediente se tiene que:

A. Existía una situación de pánico y desorden generalizados entre los vecinos del sector. En efecto, varias personas que trataban de llegar al lugar de los hechos no lo lograban, y existía por demás un flujo de tráfico incontrolable en ese instante (fls. 32 y 48). Lejos pues están los hechos de mostrar una situación ordenada frente al peligro, lo cual se explica precisamente por lo inesperado de la situación creada.

B. A pesar de que el señor JADER FLOREZ –quien a la sazón era empleado conductor de la Empresa demandada y quien por azar se encontraba en el lugar de los hechos–, realizó loables esfuerzos para controlar la situación que se presentaba, no logró controlarla totalmente, a pesar de la colaboración del vecindario.

C. Fue en el estado de confusión creado cuando la menor "desatendió" los llamados que se le hicieron. Es claro en este sentido el mismo testigo JADER FLOREZ: "Yo en ese momento fuí a hacer devolver una buseta que iba a pasar por allí; cuando miré otra vez donde estaba la línea caída, miré a una niña que iba hacia donde estaba la línea; entonces yo le pegué carrera,

gritándole que no se metiera por allí, que estaba la línea que ofrecía peligro y la niña no hizo caso" (fl. 33).

D. Cuando la niña continuó su marcha, buscaba afanosamente, y corriendo sobre el andén, llegar a la casa de sus padres (fls. 15, 39, 128, 133 y 150).

Teniendo en cuenta los hechos narrados, se pregunta la Sala: ¿No es acaso normal que frente a una situación de caos, la reacción primaria de una menor sea la de buscar el hogar de sus progenitores? No es acaso normal que frente a una situación de pánico colectivo, una menor pierda el control que, en diferentes condiciones, puede exigírsele? ¿No es acaso normal que , sin existir una situación de peligro clara y previamente advertida e identificable por un menor, éste desconozca la dimensión del mismo?

Las respuestas a estas preguntas sólo pueden llevar a la Sala a constatar que en el presente evento no se configuró la causal en comento. En efecto, no puede jamás el juez perder de vista que el parámetro de medición del "menor ideal" debe ser predicable de los menores, y no de los adultos. No se puede jurisprudencialmente exigir que un menor deje de comportarse como tal. No se puede exigir por esta Sala que el "menor ideal" sea reemplazado en el análisis jurídico por el "adulto ideal". Es esto lo que pierden de vista tanto el Ministerio Público como el salvamento de voto a la sentencia de primer grado, y que los conduce a afirmar que en el caso de autos se configuró la culpa exclusiva de la víctima como causal exonerativa de la responsabilidad del ente demandado pero que, por lo ya expresado, no comparte la Sala.

## III. EL PERJUICIO

Tal como se ha anotado, la condena que decretó el *a-quo* contra las Empresas Públicas Municipales de Pereira, fue el equivalente a 1000 gramos oro, para el señor MANUEL DIAZ, padre de la menor fallecida. Acogió en este aspecto el fallo del Tribunal, las pautas jurisprudenciales existentes, y por este motivo, la Sala confirmará este punto de la sentencia.

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

## FALLA:

CONFIRMASE, aunque por motivos diferentes, la sentencia del 29 de septiembre de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

Notifíquese, publíquese, comuníquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de Origen.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de febrero de 1990.

*Carlos Betancur Jaramillo*, Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo*, *Gustavo de Greiff Restrepo*, *Julio César Uribe Acosta*, (Ausente por Suspensión).

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

## CONTRATO DE VOCACION HEREDITARIA/ CADUCIDAD

**Terminado el contrato por vencimiento del plazo, se agota la competencia para declarar la caducidad, pues el poder exorbitante de la administración sólo tiene operancia en vigencia de la relación negocial.**

**No obra en el informativo constancia que evidencie la diligencia desplegada por el denunciante, en orden a ilustrar al ICBF sobre las circunstancias de hecho de la sucesión ni sobre el estado de los bienes, ni sobre la existencia de los procesos judiciales en curso. Esperó el pronunciamiento del Instituto como si la sola denuncia de los bienes bastara para hacerlo acreedor a la participación económica sobre los mismos.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.-* Bogotá, veintidos (22) de frebrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 3862 (100). Actor: Luis Enrique Jaimes Ruíz. Demandado: Instituto Colombiano de bienestar Familiar –ICBF– (Contratos).

### I.

El señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941 (C.C.A.), por medio de apoderado idóneo demandó al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

–ICBF–, para que previo el trámite procesal de un juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

## PETITUM

"A. PARTE DECLARATIVA:

"PRIMERA. Declarar que es nula la Resolución No. 001424 de 27 de julio de 1982 "por la cual se declara la caducidad de un contrato", expedida por el Director General del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, establecimiento público del orden nacional.

"SEGUNDA. Declarar que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR incumplió el contrato No. 0080/010 que esta entidad celebró con el señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ.

"Como consecuencia de las declaraciones anteriores, esta Honorable Corporación se servirá pronunciarse sobre las siguientes:

"B. CONDENAS:

"PRIMERA. Condenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BINESTAR FAMILIAR a reconocer y pagar por concepto de indemnización de perjuicios al señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ la suma de VEINTISEIS MILLONES DE PESOS ($26.000.000.oo) m/cte. o sea, la obligación contraida por el INSTITUTO en la Claúsula Tercera del contrato No. 0080/010, correspondiente a la participación económica establecida en el acuerdo 003 de 1977, emanado de la Junta Directiva del INSTITUTO, o lo que se pruebe en el proceso por el indicado concepto.

"SEGUNDA. Condenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a reconocer y pagar por concepto de indemnización de los perjuicios morales sufridos por nuestro poderdante señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ, por motivo del incumplimiento del contrato por parte del INSTITUTO, los anteriores perjuicios deben estimarse en el equivalente de un mil (1.000) gramos oro.

"TERCERA. Condenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BINESTAR FAMILIAR a pago de las agencias en derecho y de las costas del proceso".

## HECHOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION

Como fundamento fáctico de las pretensiones, el libelo relata los siguientes hechos y omisiones:

"1. Acogiéndome al procedimiento establecido por la Ley 75 de 1968 artículo 66, que confirió vocación hereditaria al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR en las sucesiones intestadas de los causantes que mueren sin dejar herederos, el señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ conocedor de la muerte del señor CARLOS JULIO CAMPOS SUESCUN, ocurrida en Bogotá, D.E., el día 20 de junio de 1976, quien falleció sin dejar herederos pero sí una cuantiosa fortuna, hizo denuncia de la herencia ante el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR con fecha noviembre 8 de 1978, y desde entonces adquirió derechos ante dicha entidad pública.

"2. Dicha denuncia de la sucesión fue tramitada con el acopio de títulos escriturarios y demás informes solicitados a mi mandante, y por fin, con fecha 14 de febrero de 1979 se formalizó el contrato administrativo de *Vocación Hereditaria* entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y el señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ, quedando obligado el denunciante co-contratante a presentar a consideración del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, el nombre y currículum de un abogado, lo que hizo en favor del Dr. Carlos F. Navia Palacios según carta de abril 17 de 1979.

"3. EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR jamás quizo conferir poder para tramitar el proceso de sucesión; sin embargo al señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ, quien denunció la sucesión, en lugar de facilitarle su labor, se le llamaba para interrogarlo sobre sus intenciones al hacer la denuncia de la mortuoria, las causas de su conocimiento, la existencia de títulos de propiedad, etc., mientras a ciencia y paciencia de antiguos funcionarios abogados de la oficina jurídica de una presunta concubina del causante se cierre conocer y pagar la mayoría de los bienes como socia de una Sociedad Conyugal de Hecho.

"4. La presunta concubina del causante, señorita Ana Espitia Tovar, como ya obseve (sic) adelantó ante el señor Juez Civil 18 del Circuíto de Bogotá, un proceso ordinario de Liquidación de Sociedad Conyugal de Hecho, sin legítimo contradictor que lo sería el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y obtuvo sentencia favorable, adjudicación de bienes, Registro de los inmuebles que le correspondieron, y procedió a venderlos conforme a la escriutura pública no. 4.133 de noviembre 30 de 1981 de la notaría 18 del Círculo de Bogotá, con lo cual se arrebataron al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, por incuria de la Dirección General y de más funcionarios del INSTITUTO, bienes incalculables y se defraudaron de paso las legítimas expectativas y los derechos contractuales adquiridos por mi mandante.

"5. A pesar que la Dirección del INSTITUTO no rechazo ninguno de los tres (3) apoderados sugeridos por mi poderdante, ni otorgó el poder a los

profesionales conforme estaba obligada, el señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ recibió en enero 23 de 1981 una comunicación de la oficina jurídica del INSTITUTO por medio del cual *sin haberse allanado a dar poder*, conminan al señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ a suministrar el informe sobre el estado en que a tal fecha se encuentra el proceso de sucesión, y esto no es todo: Mi mandante siempre y por escrito, telefónicamente y de manera personal a (sic) insistido durante estos cuatro (4) años ante los funcionarios del INSTITUTO, instándolos a cumplir el contrato, a velar por los intereses de la dependencia de su cargo, y haciéndose presente en la reclamación de lo que en justicia le pertenece, dándoles a conocer como oportunidad de vida las actuaciones procesales de la presunta concubina del extinto Carlos Julio Campos Suescún, de quien el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, es forzoso heredero.

"6. El día 26 de enero de 1981, al recibir mi mandante el oficio en que se solicitaba los informes sobre la marcha del proceso de sucesión, el Dr. Carlos F. Navia Palacios telefónicamente y en presencia de mi poderdante se quejo ante los funcionarios de la oficina jurídica del INSTITUTO y le reclamó su falta de honestidad y diligencia para con los intereses de la entidad pública a la cual están vinculados y presta tan ineficaz servicio. De inmediato mi mandante fue convocado para que diera el nombre de dos nuevos profesionales del derecho entre los cuales escoger quien recibiría el poder para iniciar el proceso de sucesión, pues a juicio de los culpables el funcionario el Dr. Carlos F. Navia P. era persona intratable con la cual el INSTITUTO no podría jamás entenderse. El señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ viendo en peligro sus intereses y ante la amenaza de que sus derechos en la vocación hereditaria contratada podrían pasar a otros denundiantes, según le dijeron en la mencionada oficina jurídica, propuso como posibles nuevos apoderados a los doctores Guillermo Puyana Mutis y Carlos Hernández Bocanegra. El Dr. Carlos F. Navia P. denunció estos hechos ante el Director General del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en carta de marzo 10 de 1981, son (sic) obtener respuesta alguna.

"7. A pesar de que había cumplido por mi poderdante la anómala exigencia de los funcionarios, ninguno de los dos apoderados recibió poder para presentar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR en la Sucesión de Carlos Julio Campos Suescún, ni para obtener la defensa de los bienes, sin embargo de que uno de los citados nuevos apoderados, el Dr. Guillermo Puyana Mutis envió una carta del I.C.B.F. en febrero 2 de 1982, explicándole al encargado de la oficina Jurídica cuáles procedimientos judiciales servirían para impedir la pérdida de los bienes, y les acompañaba los proyectos de memorial poder que hicieran expedita la solución del problema planteado por la negligencia oficial.

"8. Pese a existir un contrato administrativo de Vocación Hereditaria, que es el que sirve de base a este proceso, y aceptando la culpa de sus funcionarios, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Por oficio No. 5883 0010 de septiembre 14 de 1981, pidió al señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ presentarse a suscribir un nuevo contrato sobre la base de los pocos bienes que quedaron del despojo de la masa sucesorial; no obstante de que mi cliente estuvo dispuesto a discutir sus términos, jamás encontró funcionario alguno con el cual entenderse y entonces decidió seguirse acogiendo (sic) al texto y espíritu del contrato original y exigiendo personal, telefónica y cablegráficamente su cumplimiento.

"9. Los lotes de terreno que correspondían al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, como heredero forzoso del Estinto señor Carlos Julio Campos Suescún son ochenta y tres cada uno con una dimensión promedio de 700.oo varas cuadradas, dotados de todos los servicios, ubicados en la Urbanización "La Estrella del Norte" en una zona residencial que tiene acceso por la autopista Norte entre las calles 158 y 160 de la nomenclatura urbana de la ciudad y según el respectivo plano de loteo de dicha urbanización. El valor de cada uno de esos lotes supera los $2.500.000.oo M/cte. y dentro del capítulo de las pruebas haré la petición de un avalúo. Aclaro que esta demanda no se basa en el éxito que haya obtenido la presunta concubina del causante sino en el incumplimiento por parte del INSTITUTO del contrato de Vocación Hereditaria.

"10. Mi mandante ha sufrido perjuicios económicos evidentes cuyo monto patrimonial es elevado, y además a (sic) experimentado perjuicios morales consistentes en la aflicción y la desprotección a que se debió enfrenar ante la conducta negligente y equívoca de unos funcionarios mal intensionados y culpables.

"11. El interés jurídico y patrimonial de mi poderdante, señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ, hace no sólo de su relación contractual con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, sino también por lo dispuesto en el Acuerdo No. 000003 de 1977 expedido por la Junta Directiva del INSTITUTO, por medio del cual se dispone que el denunciante de una Vocación Hereditaria tendrá derecho a una participación económica mínima del 10% de los Bienes que efectivamente ingresan al patrimonio del INSTITUTO.

"12. Con fecha 27 de julio de 1982, la Dirección General del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR expidió la resolución No. 001424 "por la cual se declara la caducidad de un contrato", pretextando en la parte motiva de la Resolución el incumplimiento por parte del co-contratante señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ del contrato No. 0080/010.

"13. La decisión tomada por la Dirección General del INSTITUTO por medio de la Resolución No. 001424 del 27 de julio de 1982 no fue notificada al señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ, por ninguno de los medios previstos en los artículos 10 y 11 del Decreto 2733 de 1959.

"14. Mi mandante, señor LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ dando por suficientemente enterado, y de conformidad con el artículo 12 del Decreto Ley 2733 de 1959, con fecha agosto 11 de 1982, interpuso el recurso de Reposición contra decisión tomada por la Dirección General del INSTITUTO por medio de la Resolución 001424 del 27 de julio de 1980, con el fin de que se revocara en todas sus partes y en su lugar se dispusiera el restablecimiento de sus derechos como denunciante de una herencia y co-contratante de una Vocación Hereditaria.

"15. Habiendo transcurrido más de un (1) mes desde la fecha desde (sic) que se interpuso el Recurso de Reposición, 11 de agosto de 1982, sin haber recaido decisión resolutoria sobre él por parte de la Dirección del INSTITUTO, se entiende que el recurso fue resuelto negativamente y, por tanto, quedó agotada la vía gubernativa, de conformidad con el artículo 18 del Decreto Ley 2733 de 1959, y estando en tiempo, se impetra la acción presentuada (sic) en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941 (C.C.A)".

El libelista invoca como disposiciones violadas el Contrato No. 0080/010 de febrero 14 de 1979, cláusulas 2, 3, y 6, el Acuerdo No. 0003 de 1979 de la Junta Directiva del ICBF; los artículos 49, 50 y 51 del Decreto 150 de 1976; el artículo 66 de la Ley 75 de 1968; el artículo 1609 del C.C.A., y los artículos 16, 20, 21, 30, 51 y 63 de la Constitución Política.

## II. POSICION DE LAS PARTES

*Alegato del actor.*

A folio 29 y siguientes del Cdno. Principal, el procurador judicial del actor, luego de hacer una síntesis de los hechos y de analizar las pruebas aportadas y practicadas, reitera los puntos de vista expuestos en el concepto de violación de las normas infringidas indicadas en la demanda, insiste en que el acto cuestionado está viciado de falsa motivación, por cuanto no se dieron los presupuestos fácticos para la declaratoria de caducidad del contrato. Afirma que el Instituto incumplió las cláusulas del contrato, ya que no otorgó el poder a los profesionales propuestos por él para adelantar el proceso de sucesión de Carlos Julio Campos Suescún.

Sostiene que la incuria y el laxo comportamiento de los funcionarios del Instituto, ocasionaron la pérdida de los bienes relictos denunciados por él opor-

tunamente y anota que, como corolario, el Instituto incumplió sus obligaciones económicas, originadas en el contrato y previstas en la Ley y el Reglamento 003 del 27 de enero de 1977.

***Alegato de la entidad demandada.***

El mandatario judicial de la entidad demandada no alegó en el momento procesal oportuno. Sin embargo, en el escrito de contestación de la demanda, obrante a folios 63 del Anexo 1, hizo sus valoraciones jurídicas y fácticas, encaminadas a impugnar las peticiones del actor. Observa que el demandante pagó la publicación del contrato casi dos meses después de haberle sido entregado para la firma, pago de timbre y garantías. Precisa que con anterioridad a los hechos, la señora Anita Espitia Tovar, había iniciado ante el Juzgado 3o. Civil del Circuito de Bogotá, un juicio ordinario contra los herederos de Carlos Julio Campos Suescún, el cual terminó con el fallo del 20 de octubre de 1978, declarando la existencia de una sociedad comercial de hecho y ordenando su liquidación. Señala que si la intención del denunciante hubiese sido la de cumplir con su deber de defender los derechos del Instituto, no se habría abstenido de usar sus poderes legales a fin de evitar que en el proceso ordinario y en el de liquidación, el Instituto estuviese ausente. Expresa que la Oficina de Bienes y Representación Judicial de la entidad ofició al demandante para que firmara un nuevo contrato por haberse vencido el anterior y que aquél no se presentó. Manifiesta que la participación económica a la que tienen derecho los denunciantes de Bienes Mostrencos, Vacantes y Vocaciones Hereditarias, se hace efectiva, no con el solo hecho de denunciar, sino cuando cumple sus obligaciones como tal. Apunta, luego:

> "Si la intención del Contratista hubiese sido la de cumplir con sus deberes y defender sus intereses y los de esta Entidad, no se habría conformado únicamente con pasar un memorial proponiendo un abogado, sino que debió haber informado las irregularidades de las que habla a las autoridades respectivas, para que se iniciaran las investigaciones del caso.
>
> "Así mismo, me pregunto por qué el señor LUIS E. JAIMES RUIZ, no solicitó desde un comienzo poder para intervenir en los juicios que se adelantaban sin legítimo contradictor".

## III. VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, en el concepto de fondo visto a folios 66 y siguientes del cuaderno principal, solicita a la Sala se declare la nulidad de la Resolución No. 001424 de julio 27 de 1982 y se niegue el pago de los perjuicios solicitados.

El proceso se destruyó durante los hechos trágicos del 6 y 7 de noviembre de 1985, pero fue reconstruido en los términos del Decreto No. 3825 del mismo año.

Agotada la tramitación procesal de ley sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, se procede a fallar.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### *A. La caducidad del contrato.*

La Resolución No. 1424 del 27 de julio de 1982, emanada de la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, motiva la decisión en el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, derivadas del contrato de vocación hereditaria. En la parte resolutiva dispone:

> "ARTICULO PRIMERO. Declarar la caducidad del contrato 00/79/0014 del 14 de febrero de 1979 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.128.479 de Bogotá relacionado con la denuncia de una vocación hereditaria a que se hizo referencia en la parte motiva de esta providencia".

La claúsula quinta del contrato en referencia, estatuyó:

> "PLAZO O TERMINO. El término del presente contrato será de un año; las partes de común acuerdo podrán prorrogarlo mediante la suscripción de actas adicionales".

Una simple confrontación de las fechas, permite establecer que cuando el instituto declaró la caducidad del contrato, el término del mismo estaba más que vencido. De acuerdo con esta realidad fáctica, la Sala no puede menos que acoger y compartir los planteamientos jurídicos consignados en la vista fiscal, como una reiteración del criterio jurisprudencial de la Corporación en materia de caducidad contractual. Del concepto fiscal se destaca, en lo pertinente:

> "A folios 6 y 7 del anexo No. 1 se encuentra copia del contrato No. 0080/010 celebrado entre el ICBF y el señor Luis Enrique Jaimes Ruiz, cuyo objeto fue el de adelantar las gestiones judiciales y extrajudiciales para que se le adjudicara al ICBF en calidad de heredero único, los bienes pertenecientes al causante Carlos Julio Campos Suescún. El contrato se firmó el 14 de febrero de 1979 y el término de duración se fijó en un año.
>
> "A folios 2 y 3 del anexo No. 1, reposa la copia de la Resolución No. 001424 del 27 de julio de 1982 proferida por el Director General del

ICBF por medio de la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato mencionado anteriormente, en cuya parte considerativa se expone como causal el incumplimiento del Contratista en razón a que no promovió dentro de los tres meses siguientes a la fecha del contrato el proceso respectivo.

"De lo anterior se deduce que si el contrato se firmó el 14 de febrero de 1979 y el término era de un año, la fecha de terminación fue el 14 de febrero de 1980; la declaración de caducidad se produjo el 27 de julio de 1982 o sea dos años y cinco meses después de cumplido el término contractual, por lo cual la decisión de la entidad se produjo en forma extemporánea, toda vez que el contrato era a término fijo y no fue prorrogado, así no podía el ICBF declarar la caducidad el 27 de julio de 1982 por cuanto a esa fecha el contrato ya no tenía vigencia por expiración del plazo fijado.

"La declaración de caducidad administrativa es una facultad excepcional que otorga la Ley a la Administración para dar por terminado un contrato por causa distinta a la expiración del término pactado, por tanto esta facultad no puede ejercerse sino dentro de la vigencia del contrato". (fl. 68 C. Principal).

Terminado el contrato por vencimiento del plazo, ha dicho la Sala, se agota la competencia para declarar la caducidad, pues el poder exorbitante de la administración sólo tiene operancia en vigencia de la relación negocial.

En aplicación de ese criterio, habrá de decretarse la nulidad del acto administrativo impugnado, por haberse producido extemporáneamente.

*B. Los perjuicios morales.* (sic).

Pide el demandante que se condene al ICBF al pago de la indemnización de perjuicios, correspondiente a la participación económica establecida en el Acuerdo 003 de 1977 de la Junta Directiva de la entidad demandada.

Es un hecho inconcuso que, una vez celebrado el contrato de vocación hereditaria, el Instituto se abstuvo de otorgar poder a uno de los abogados sugeridos por el denunciante, en desarrollo del convenio.

Si bien es verdad que esa circunstancia pudo haber malogrado la aspiración del actor a recibir una posible participación económica en los bienes relictos, no lo es menos que su falta de acuciosidad contribuyó en gran medida a esa frustación. La Sala advierte que la actividad del actor se limitó a denunciar los bienes de la sucesión y a sugerir los nombres de algunos profesionales del derecho para que representaran al instituo en el proceso correspondiente. No obra en el informativo constancia alguna que evidencie la diligencia desplegada por el denun-

ciante, en orden a ilustrar al Instituto sobre las circunstancias de hecho de la sucesión, ni sobre el estado de los bienes, ni sobre la existencia de los procesos judiciales en curso. Se cruzó de brazos, a la espera del pronunciamiento del Instituto, como si la sóla denuncia de los bienes bastara para hacerle acreedor a la participación económica sobre los mismos.

Olvida el accionante, además, que el Acuerdo No. 003 de 1977 "por el cual se determina y reglamenta la participación económica que corresponde a los denunciantes de vocaciones hereditarias y bienes vacantes y mostrencos", consagra en favor de los denunciantes una participación sobre el valor líquido, *una vez los respectivos bienes ingresen al patrimonio del instituto*, presupuesto que tampoco fue acreditado en autos.

Consta en el informativo que:

1. El causante de los bienes relictos, señor Carlos Julio Campos Suescún, falleció el 20 de junio de 1976. (fl. 122 Anexo 1).

2. El demandante formuló la denuncia de la herencia ante el ICBF, el 8 de noviembre de 1978. (fl. 127 Anexo 1).

3. El contrato administrativo de vocación hereditaria, se firmó el 14 de febrero de 1979. (fl. 154 Anexo 1).

Consta, igualmente, en el proceso que:

1. Con fecha 3 de septiembre de 1976, la señora Ana Espitia Tovar, demandó en juicio ordinario, la declaratoria de existencia y liquidación de la sociedad comercial de hecho, constituida con el señor Carlos Julio Campos Suescún.

2. Por sentencia del 20 de octubre de 1978, el Juzgado 3° Civil del Circuito de Bogotá, accedió a las peticiones de la señora Espitia Tovar.

3. Por sentencia de noviembre 10 de 1980, el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, aprobó el trabajo de partición de los bienes pertenecientes a la sociedad comercial de hecho formada entre Carlos Julio Campos Suescún y Anita Espitia Tovar, el cual fue protocolizado y debidamente registrado (fl. 288 v. Anexo 1).

La realidad procesal indica que cuando se produjo la denuncia de los bienes (noviembre de 1978), ya se había dictado sentencia reconociendo la existencia de la sociedad comercial de hecho entre el causante Campos Suescún y la consocia Ana Espitia Tovar y decretado su disolución (oct. de 1978). No obstante, el actor

guardó silencio sobre las novedades anotadas al denunciar los bienes y se abstuvo de ponerlas en conocimiento del Instituto al suscribir el contrato de vocación hereditaria.

A la fecha de esta providencia, se ignora qué clase de bienes, ni en qué cantidad o valor pudieron haber ingresado al patrimonio del Instituto, dentro del proceso de sucesión del señor Campos Suescún. De tal modo, que la denuncia de bienes, apenas si creó en favor del denunciante una mera expectativa, materializable al momento de finiquitar el proceso que reconociera al Instituto su calidad de heredero del causante, para cuantificar en forma cierta y determinada el alcance de la participación económica del actor.

Por esta razón, es improcedente la pretensión del demandante, en el sentido de que se le reconozca, a título de indemnización, la participación económica establecida en el Acuerdo No. 003 de 1977.

*C. Los perjuicios morales.*

Pretende el accionante que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto atacado, se le reconozcan, por concepto de indemnización, los perjuicios morales causados por el incumplimiento del contrato.

Ha sostenido la Sala la tesis de que el incumplimiento de una obligación contractual no causa daño moral, en la medida en que no se produce aflicción, ni implica sacrificio o sensación de angustia para el contratista frustrado.

Ha sostenido, también, que el daño moral sólo se configura cuando se viola alguno de los derechos de la personalidad del sujeto (ANALES 1985, T. 109, pág. 382), y que no es válida la pretensión resarcitoria de ese tipo, cuando de la inejecución de una obligación negocial, se trata.

El caso en comento no es una excepción a la doctrina adoptada por la Sala, ni hay elementos de juicio que conduzcan a revaluarla, razón por la cual no prospera la pretensión indemnizatoria y habrá de denegarse.

La Sala, sin embargo, registra con extrañeza el hecho de que los funcionarios del ICBF hubieran suscrito el 14 de febrero de 1979, un contrato de vocación hereditaria con el actor, a sabiendas de que desde el 20 de octubre del año inmediatamente anterior, el Juzgado 3° Civil del Circuíto de Bogotá, había dictado sentencia reconociendo la sociedad de hecho entre el causante Carlos Julio Campos Suescún y Anita Espitia Tovar, según consta a folios 239 y ss. del Anexo 1. Este hecho revela la despreocupación de los funcionarios en torno a las cuestiones que conciernen a la entidad y el desconocimiento de

las disposiciones legales que les imponen el deber de velar por los intereses económicos de la institución.

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

**FALLA:**

PRIMERO. Declárase la nulidad de la Resolución No. 001424 del 27 de julio de 1982, dictada por el Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato al cual se contrae la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de febrero de 1990.

*Carlos Betancur Jaramillo*; Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo*, *Gustavo de Greiff Restrepo*, *Julio César Uribe Acosta*, (Ausente por suspensión).

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**CONFLICTO DE JURISDICCION/ TRANSITO DE LEGISLACION/ OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLES**

**La controversia se centró en la usurpación o despojo de la propiedad inmueble por la ocupación definitiva de ella por el D.E. de Bogotá; el caso está dentro de la excepción del art. 266 del C.C.A., en virtud de la cual los términos que hubieren comenzado a correr se regirán por la ley vigente al momento de iniciar dicho término y esa ley es la que dio competencia al juzgado del conocimiento para admitir la demanda. La jurisdicción ordinaria es la competente para conocer de las reclamaciones sobre ocupación permanente de la propiedad privada por parte del Estado, con ocasión de trabajos públicos.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., veintidos (22) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

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

Referencia: Expediente No. 5837. Actor: Miguel Angel Contreras.

Procede la Sala a decidir sobre la colisión de competencia formulada por el apoderado de la parte actora en escrito visible a folios 194 y siguientes del cuaderno No. 1 dentro del proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES:

Mediante apoderado judicial y como propietario de los inmuebles Nos. 38-24 y 38-26 de la calle 68, el actor demandó ante la justicia ordinaria el siguiente pronunciamiento:

1. Que se declare responsable al Distrito Especial de Bogotá por los perjuicios materiales de todo orden causados por trabajos públicos con ocasión de la construcción del Puente Boyacá, obra ejecutada en cumplimiento del acuerdo No. 1 del Concejo de Bogotá.

2. Que mediante el mismo proceso ordinario de mayor cuantía se condene a pagar al precitado municipio las sumas de dinero que como indemnización por tales daños fueron tasados en el libelo.

El sustento fáctico consistió en que con la construcción iniciada por dos firmas constructoras, el propietario de los referidos predios quien tenía una bodega y ferretería donde expedía materiales de construcción, cuyas ventas brutas alcanzaban la suma de $6.000.000.oo mensuales, quedó inmovilizado el tránsito peatonal y automotor fue impedido y los servicios públicos de alumbrado, teléfono acueducto y alcantarillado fueron destruidos.

El demandante solicitó al Alcalde Mayor y al Instituto de Desarrollo Urbano IDU indemnización y adquisición de los bienes afectados con la construcción del puente, sin obtener respuesta y el Secretario de Obras Públicas ordenó fuera declarada la precitada bodega en estado de ruina ocasionada por el levantamiento del puente, ordenándose verbalmente por el Alcalde Menor de Barrios Unidos su demolición, la cual fue ejecutada por obreros de la Secretaría de Obras Públicas, quienes destruyeron también una valla publicitaria y trasladaron la mercancía existente a lugares desconocidos, cumpliendo la Resolución No. 024 de la Inspección 12 de Policía.

Estas irregularidades fueron materia de querella policiva repartida a diferentes inspecciones y el Alcalde Menor y el Personero Delegado adujeron la existencia de orden del Alcalde Mayor.

Actualmente se encuentra construido en parte de los bienes del actor el supracitado puente y un parque sin que el Distrito Especial de Bogotá haya cancelado suma alguna por la destrucción de dichas propiedades y por su ocupación por vías de hecho, por concepto de indemnización de perjuicios. Como tampoco ha existido interés de tal entidad en negociar los predios ni en pagar los daños (fls. 1 a 6 C. 1).

Expresamente el libelista afirmó:

"No acudimos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto la norma punitiva (CCC CAP XXII) consagra de manera expresa la facultad de conocer (pero) el Contencioso sobre asuntos de indemnización por trabajos públicos, *que no impliquen ocupación permanente de la propiedad*, y como desarrollo del canon Constitucional que garantiza el derecho

a la propiedad particular; pero en el presente caso se trata de una ocupación permanente de la propiedad por haber construido sobre la propiedad de mi poderdante, las zapatas y pilotes del puente "Boyacá" y haber construido un parque con caracter permanente en el resto de las propiedades. Por lo expuesto tiene facultades la Jurisdicción Ordinaria para conocer del presente asunto" (fl. 6 C. 1).

La cuantía fue estimada en más de $100.000.000.oo; el proceso, el ordinario de mayor cuantía y la competencia, por la cuantía, la vecindad de las partes y el carácter de permanente de la ocupación, en el Juez del Circuito (fls. 1 a 11 C. 1).

La propiedad, tradición y linderos de los inmuebles afectados fueron debidamente acreditados y un abundante acervo probatorio, documental, testimonial pericial e inspecciones judiciales fue decretado y allegado al proceso (cuadernos 2, 4 y 6).

El Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá admitió la anterior demanda y ordenó su trámite como ordinario de mayor cuantía, el 23 de septiembre de 1982. (fl. 14 ídem).

El representante legal de la demanda contestó oportunamente y alegó como excepción de fondo el enriquecimiento ilícito con fundamento en que el Acuerdo No. 1 de 1979 del Concejo de Bogotá, los Decretos 1011 y 2011 y las Resoluciones 832 y 834 del Alcalde Mayor de Bogotá declararon de utilidad pública e interés social los inmuebles ocupados y, en consecuencia, se ordenó su expropiación, según demanda ante el Juzgado 24 Civil del Circuito contra Víctor Morales y Vitalia Castro, titulares del inmueble No. 38-24 de la Calle 68 y en el Juzgado Diez y Siete Civil del Circuito de Bogotá; por lo tanto, el valor de la casa expropiada y el de la indemnización se estimarán por medio de peritos, según los artículos 456 y 458 del C. de P.C. y, en caso de que este pago se efectúe, "estaríamos frente a una doble indemnización o pago por parte del Distrito Especial, lo que constituiría un enriquecimiento injusto e indebido a favor del demandante". (fl. 19 ídem). Alegatos de conclusión de las dos partes obran a folios 63 a 72 del Cuaderno No. 1, y el juez del conocimiento, en atención a la ausencia de prácticas de pruebas decretadas, ordenó su realización (fls. 73 y 74 C. 1).

Del dictamen pericial que tasó el valor de los perjuicios en más de 500 millones de pesos (fls. 106 a 118) se solicitó aclaración por la demandada (fls. 123 a 125), la cual aparece a folios 132 a 136 del cuaderno No. 1. No obstante, ambas diligencias fueron impugnadas por la citada parte por error grave (fls. 149 a 152, ídem), pero el Juzgado dió por no presentado el escrito de objeciones por no acompañar el título correspondiente a los honorarios de los

períodos (fls. 161 y 162 ídem) y la reposición contra dicho auto fue despachada negativamente (fls. 170 a 173 ídem) concediendo en providencia posterior recurso de queja, (fls. 176 y 177, ídem) el cual tuvo la misma suerte ante el Tribunal Superior (fls. 77 y 78 C. 5).

A folio 184 del cuaderno No. 1 el despacho del conocimiento dispuso según el artículo 406 del C.P.C., surtir traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión que, por la parte demandada se aprecian a folios 185 a 188 y de acuerdo con el artículo 408 del C.P.C., se citó a las partes para sentencia (fl. 190 C. 1).

Obra a folio 20 a 29 del cuaderno No. 2 fotocopia auténtica de la Resolución No. 292 del 25 de noviembre de 1982 de la Personería Delegada para la vigilancia Administrativa, mediante la cual se solicitaron sanciones disciplinarias para el Alcalde Menor de Barrios Unidos y su Asesor Jurídico y para la Inspectora 12C Distrital de Policía y su Secretaría en razón a la queja No. 155 de 1982 presentada por el señor Miguel Angel Contreras Sierra.

Dentro del cuaderno No. 8, a folios 29 a 94, reposan copias auténticas del trámite policivo correspondiente a la querella No. 051 instaurada por el Dr. Jaime López Guerra, Subdirector del IDU contra el demandante que culminó con la Resolución No. 024 de la Inspección 12B Distrital de Policía que declaró en estado de ruina el inmueble No. 38-26 de la calle 68 e impuso la medida correctiva de demolición, cuyo recurso de reposición fue resuelto confirmando la anterior.

El 7 de diciembre de 1982 el mandatario del Distrito Especial de Bogotá propuso excepción de "falta de jurisdicción y competencia" con fundamento en el artículo 20 del Decreto Ley 528 de 1964, agregando que el literal f) numeral 2º del artículo 32 de la misma norma transcribe: "De las controversias sobre responsabilidad de la administración departamental, municipal, intendencial, comisarial o de los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos".

"La responsabilidad en el caso de autos, se hace derivar del hecho administrativo, diligencia de demolición por amenaza de ruina efectuado por el Inspector 12B de Policía Distrital".

"Derivándose la culpa presunta de un hecho u operación administrativa, corresponde el conocimiento de la pretensión a la Jurisdicción Contencioso Administrativa".

"No siendo usted competente para conocer de este asunto, falta el presupuesto procesal en comento que le impide desatar la litis, y le impone declarar la nulidad de lo actuado" (fl. 2 C. 3).

La anterior petición fue fallada el 16 de febrero de 1983, por el Juzgador de Primera Instancia así:

> 1. Declarar la nulidad de toda la actuación desarrollada en el presente proceso, a partir del auto que declaró la admisibilidad de la demanda inclusive, por falta de competencia jurisdiccional para conocer de la acción que se intenta".
>
> 2. Como consecuencia de lo anterior, declara el rechazo de la demanda y ordena que sin necesidad de desglose sea devuelta al interesado junto con sus anexos y sin necesidad de desglose". (fl. 5, *ídem*).

La citada providencia fue apelada, el 20 de junio de 1983 con base en los artículos 6° numeral 6° del Decreto 528 de 1964, en concordancia con el 8° de la Ley 16 de 1968 y apoyándose en sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia del 29 de septiembre de 1979 (fls. 4 y 5 C. 9), con ponencia del Doctor Héctor Gómez Uribe, quien afirmó que la competencia para decidir esta causa descansaba en la justicia ordinaria y no en el contencioso administrativo por cuanto se alegaba como fuente de la indemnización la ocupación de hecho de carácter permanente con ocasión de trabajos públicos, basándose tal decisión en los Decretos 293 de 1956, 528 de 1964, art. 6° y en el art. 8° de la Ley 16 de 1968.

De la decision del *ad-quem* fechada el 12 de septiembre de 1983 revocatoria del auto materia de la alzada, es conveniente transcribir los siguientes apartes:

> "La primera pretensión de la demanda señala que la indemnización a que se aspira se deduce de los perjuicios causados "como consecuencia de los trabajos públicos de construcción del Puente Boyacá...".
>
> "Más tarde se explica en el mismo libelo que la Inspección Doce B de Policía expidió la Resolución No. 024 de 1981 que ordenó demoler la edificación por amenazar ruina, pero se advierte que el Subdirector Legal del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), por orden del Secretario de Obras Públicas a quien se había dirigido la Sociedad Constructora Méndez Junior S.A., le pidió al Alcalde Menor respectivo que procediera así porque las obras realizadas habían dejado el inmueble en tal estado (carta de mayo 25 de 1971)".
>
> "Así las cosas, no se puede afirmar, como se hizo en la sentencia, que los hechos en que se funda la demanda ocurrieron en virtud de una orden administrativa y que por consiguiente el artículo 20 del Decreto 528 de 1964

atribuye el conocimiento del proceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, porque como se ha señalado, la demanda hace provenir la situación que da origen a la indemnización de los trabajos públicos que se realizaron por parte de la entidad demandada y que a la postre determinaron una ocupación permanente de la propiedad".

"Sobre el particular el H. Consejo de Estado se ha manifestado en providencia que resume la posición actual de la jurisprudencia nacional y que al transcribirla nos releva de hacer más consideraciones al respecto:

"El Estado responde cuando daña y ocupa temporalmente una propiedad inmueble, por razón de trabajos públicos, sin necesidad de investigar falta o falla de la administración, es, pues, caso de responsabilidad objetiva. Probado el título para pedir, la ocupación o daño, la orden de funcionario o agente público y la causa de los mismos, los trabajos públicos, que son de aquellos ejecutados directa o indirectamente por una entidad de Derecho Público sobre un bien inmueble, y con fines de utilidad o servicio público, deviene consecuencialmente, para el Estado, la obligación de indemnizar. Para que la competencia radique en la Jurisdicción Contencioso Administrativa es necesario que la ocupación sea transitoria o temporal. La acción en estos casos prescribe en dos años. En virtud de la declaratoria de inexequibilidad de los arts. 261 a 268 del Código Contencioso Administrativo proferida en sentencia del 20 de junio de 1955 por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto tales artículos se refieren a la ocupación permanente, acción esta última que debe hacerse valer, ante la justicia ordinaria, por implicar, según la aludida sentencia, de obligatorio cumplimiento aún hoy, en juicio de dominio o expropiación indirecta. Y el Gobierno se ve obligado a dictar el Decreto Legislativo 0293 del 16 de julio de 1956, reconociendo la validez de las actuaciones judiciales surtidas ante la jurisdicción contencioso administrativa antes de la declaración de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941 y organizando el tránsito de la jurisdicción especial a la ordinaria. Y el artículo 6º del Decreto 528 de 1964 adscribe, expresamente, a los jueces civiles municipales entonces de plena competencia, el conocimiento de los juicios contra las entidades de derecho público con motivo de la ocupación permanente de la propiedad inmueble. Discutida, en extremo, fue, en su tiempo, la comentada decisión de la Corte Suprema de Justicia y aún hoy sigue siendo discutible aunque su obligatoriedad no pueda ponerse en duda y en virtud de ella, lo cierto es que los juicios por ocupación permanente de la propiedad inmueble con motivo de los trabajos públicos, corresponden hoy a la Jurisdicción Ordinaria". (Sentencia de octubre 28 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Actor: Banco Bananero del Magdalena. Indemnización. Expediente 1482)". (fls. 11 a 13 C. 9).

El 16 de octubre de 1986 el apoderado del Distrito Especial impetró la nulidad de todo lo actuado a partir del 1o. de marzo de 1984, fecha en la cual entró a regir el Decreto 01 del mismo año, alegando que dicha normatividad asignaba el conocimiento del presente debate a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, amparándose en los artículos 82, 86 y 266 del precitado Decreto Ley y en el 40 de la Ley 153 de 1887, en concordancia con el 152 y ss. del C.P.C. (fls. 1 a 3 C. 7).

La Juez no accedió a lo pedido mediante auto de 26 de marzo de 1987 con fundamento en las siguientes consideraciones:

> "Analizando la argumentación expuesta por la entidad incidentante encuentra este Juzgado que ella carece de respaldo legal, pues ante la vigencia de lo preceptuado por el artículo 40 citado arriba, armonizándolo con la filosofía que anima el precepto contenido en el artículo 21 del C.P.C., y el señalamiento de la competencia que para estos asuntos da el artículo 16, numeral 1°, del Estatuto Procedimental citado se llega a la conclusión de lo inalterable de la competencia, en razón del concepto jurisdiccional, pues de lo contrario podría suceder que una determinada controversia estaría sujeta a bruscos y constantes cambios de Legislación, haciéndose a la postre nugatorio el derecho reconocido en la ley sustancial" (sic).
>
> "Para este Juzgado ciertamente se impone la observancia y aplicación del mencionado artículo 40 porque sabiamente allí se mantiene vigente el principio de la continuidad en el conocimiento de la causa que ha sido adquirido con anterioridad, De manera que cuando esta norma tan especial para el paso de una Legislación a otra, en materia de ritualidad y sustanciación, dice que seguirá rigiendo la ley anterior en procesos donde ha sido iniciada la actuación, no está con ello significando cosa distinta que el implantamiento de la no alteración de la competencia o jurisdicción".
>
> "De lo dicho se infiere que la controversia a que se refieren estos autos no se altera en absoluto, por lo que respecta a la jurisdicción, ante la vigencia del Decreto 01 de 1984, en razón a que para el momento en que entrara a regir ya este proceso hallábase en marcha; por ello corresponde al conocimiento de la justicia civil ordinaria" (fls. 6 y 7 C. 7).

Con similares razonamientos a los esbozados en la solicitud de nulidad y en la de reposición, la demandada propuso y sustentó recurso de apelación con el fin de que se revocara la providencia del *a-quo*, de fecha 26 de marzo de 1987 (fls. 8 a 10 C. 7 y 4 a 6 C. 10) a lo cual accedió el Tribunal Superior de Bogotá.

La contradicción entre las dos decisiones de la segunda instancia se explica en virtud de que la primera de ellas (apartes transcritos *ut supra*) adujo que el carácter de permanente de la ocupación por trabajos públicos sobre inmuebles

determinaba la competencia en la justicia ordinaria y en la segunda ante la vigencia del Decreto 01 de 1984, cuyo artículo 86 atribuyó a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de la acción de reparación directa y cumplimiento por ocupación transitoria o permanente a causa de trabajos públicos, se modificó la regulación legal que cobijó la iniciación del proceso *sub-lite*. Además, dijo el *ad-quem* que del principio de irretroactividad de la ley se exceptuaban las leyes sobre jurisdicción y competencia por ser de inmediata aplicación en los procesos en curso, "salvo que ellas mismas expresen otra cosa, lo cual se deriva de lo previsto en el art. 18 de la Ley 153 de 1887 y no del art. 40 *ibídem*, porque estas leyes no versan sobre la "sustanciación y ritualidad de los juicios" ni tienen el carácter de instrumentales, sino que estructuran el proceso mismo y entrañan garantías constitucionales".

> "En consecuencia, no se aplica a estas leyes el principio de la "*perpetuatio jurisdiccionis*" que impide el cambio de competencia por variación en los sujetos o en la cuantía del proceso".
>
> "Debe recordarse que de conformidad con el último inciso del numeral 4° del artículo 156 del C.P.C., la nulidad proveniente de falta de jurisdicción no es susceptible de saneamiento". (fls. 24 fte. y vto. C. 10).

Declarada en esta forma la nulidad de todo lo actuado, se ordenó remitir el asunto al Consejo de Estado, sin embargo, el actor interpuso reposición y subsidiariamente súplica, allegando copia de la sentencia del 11 de julio de 1985 y del 11 de septiembre de 1986 de la Corte Suprema de Justicia y cimentando jurídicamente su dicho en los arts. 5° de la Ley 57 de 1887, 30 de la C.N. 4°, 17, 18 y 40 de la Ley 153 de 1887 (fls. 26 a 61. C. 10) pero la solicitud se rechazó por improcedente. (fl. 62, *ídem*).

Ante esta Corporación acudió el apoderado del demandante en procura de que se "provoque colisión de competencia positiva al Tribunal Superior de Bogotá, con relación al conocimiento y fallo del proceso ordinario incoado por el señor MIGUEL A. CONTRERAS SIERRA y en contra del DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA, con ocurrencia de la ocupación permanente de la propiedad del señor MIGUEL A. CONTRERAS SIERRA, por la elaboración de trabajos públicos en la construcción del Puente que intercepta la Avenida Ciudad de Quito, con la calle 68" (fl. 194, C. 1).

Análogos argumentos de hecho y de derecho esgrime el peticionario en su memorial, una vez resumido el acontecer de la causa por él incoada en defensa de los intereses del señor Contreras. Y finaliza:

> "Por lo anteriormente expuesto, con el debido respeto, solicito al Honorable Magistrado Sustanciador, se digne, si así lo estima conveniente,

provocar colisión negativa de competencia para la rama Contenciosa Administrativa, y se ordene que la Justicia Ordinaria continúe conociendo del proceso" (fl. 196 C. 1).

## II. CONSIDERACIONES

Para la Sala es claro que la controversia *sub-judice* se halla frente al fenómeno de conflicto de jurisdicción debido a cambios o tránsito de legislación donde la ley nueva asigna competencia de un asunto que venía tramitando un determinado despacho judicial (Juzgado 26 Civil del Circuito) a otro juzgador (Justicia Conténcioso Administrativa) y en virtud de ello, es aplicable el art. 216 del C.C.A.

Pasa la Sala a exponer algunas consideraciones tendientes a contribuir a que la decisión que se tome respecto al conflicto planteado, cuya decisión no es de competencia de esta Corporación, sea la más acorde con los principios de celeridad, economía y eficacia que orientan las actuaciones administrativas (art. 3° C.C.A) y con el de que la finalidad de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos a los ciudadanos por la ley sustancial (art. 4° C.P.C), pero muy especialmente por el contenido de los preceptos constitucionales de los artículos 16 y 30.

No existe duda en que la controversia se centró en la usurpación o despojo de la propiedad inmueble por la ocupación definitiva de ella por el Distrito Especial de Bogotá, al construir allí un puente y un parque.

La inexequibilidad declarada por la C.S. de J. de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941 y la asignación a la jurisdicción ordinaria de la competencia para conocer de las acciones por ocupación permanente de inmuebles con motivo de trabajos públicos, condujo al demandante acudir a dicha jurisdicción donde efectivamente se admitió el proceso y llegó a la etapa procesal de dictar sentencia.

A pesar de que el nuevo Ordenamiento Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984 que empezó a regir el 1o. de marzo superó las abundantes discusiones sobre la materia, al incluir dentro de las acciones de reparación directa las que se derivan de la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos (art. 86), bien vale la pena rememorar algunos pronunciamientos de esta Corporación al respecto.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sobre la vigencia del Decreto 01 de 1984 se pronunció así el 13 de junio del mismo año:

"I. Dispone el artículo 266 del Nuevo Código Contencioso Administrativo:

"Artículo 266. Vigencia. En los procesos iniciados antes de la vigencia del presente estatuto, los recursos interpuestos, los términos que hubieren comenzado a correr y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, empezó a correr el término o principió a surtirse la notificación.

"...

"...

"De tal manera, surge:

"a) Interpretando el primer inciso aisladamente, permite concluir: 1. Que los negocios iniciados antes de la vigencia del estatuto, se rigen por la ley nueva, al entrar a regir ésta, con las excepciones expuestas en la misma norma, de los "recursos interpuestos, los términos que hubieren comenzado a correr y las notificaciones y citaciones que estén surtiendo" todas las cuales se regirán por la ley anterior; 2. Como corolario, en virtud del principio de aplicación inmediata de las normas sobre jurisdicción y competencia, tales negocios surtidos los trámites excepcionalmente señalados en la ley, sobre tránsito de legislación deberán continuar a conocimiento de quienes resulten competentes conforme al nuevo Código; 3. Y como el nuevo estatuto sometió toda controversia contractual o extracontractual a conocimiento de los Tribunales Administrativos en única instancia, con la salvedad de los procesos indicados en el artículo 128 ibídem, pues deberían ser enviados a tales corporaciones".

"b) Pero interpretando todo el artículo en su integridad y buscando la armonía de sus previsiones, resulta: 1. Que los negocios iniciados antes de la vigencia del nuevo Código, continuarán al conocimiento de las mismas corporaciones que venían conociendo de ellos con la única excepción de los de única instancia actualmente en el Consejo de Estado y que en virtud de las nuevas reglas competen a los Tribunales, en única instancia, los cuales deben ser enviados a dichas entidades en el estado en que se encuentren, *salvo cuando se haya dictado auto de citación para sentencia*; 2. Que los anteriores negocios se rigen, en lo demás, por las nuevas reglas de procedimiento, *salvo los términos comenzados a correr*, los recursos interpuestos y las notificaciones y *citaciones que estén surtiendo, todos los cuales se regirán por la ley antigua*; 3. Que los negocios de única instancia ante el Consejo de Estado en curso al momento de entrar en vigencia el nuevo Código y que quedan en dos instancias en virtud de este último estatuto, continuarán tramitándose como de única instancia ante el Consejo de Estado; 4. *que con las salvedades anteriores, los procesos iniciados antes de la vigencia de la nueva ley, no sufrirán cambios en relación con la competencia*".

"II. a) Pero todo lo hasta aquí expuesto, *exige como presupuesto ineludible que el proceso se hubiere iniciado antes de la vigencia del nuevo estatuto y ello no puede predicarse sino de aquellos en que se hubiera dictado el auto admisorio de la demanda, momento en el cual el juez, avoca el conocimiento, se pronuncia sobre su propia competencia y da lugar a la iniciación del proceso*. Desde tal momento existe proceso aunque todavía no exista relación jurídico procesal la que sólo se constituye con la notificación del admisorio de la demanda al demandado.

"b) Luego, *las demandas presentadas antes del primero de marzo del año en curso cuyo acto admisorio no se hubiere dictado antes de esa fecha, se rigen para efectos de la competencia, por los artículos 128, 129, 131, 132 y 133 del Código Contencioso Administrativo"*. (subrayas fuera del texto) *(Anales del Consejo de Estado, 1er. semestre 1984, Tomo CVI, año LIC, Nos. 481-482, págs. 1000 a 1003)"*.

Con ponencia del Dr. José Alejandro Bonivento, expediente 2724 INCORA, dijo la misma Sala y Sección en sentencia del 9 de agosto de 1984:

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Dentro del ámbito procesal del artículo 68 de la Ley 167 de 1941, se demandó como quedó consignado, al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA– para que le (sic) condenara, como petición principal por operaciones, omisiones y demás actuaciones materiales imputables a funcionarios del Instituto "dentro del trámite de adquisición del inmueble "EL LORO", ubicado en Jurisdicción del municipio de Santa Lucía en el departamento del Atlántico y cuyos linderos se transcriben más adelante; hechos y operaciones que han despojado a mis poderdantes de la posesión de parte del predio antes citado y de los rendimientos que de ella se derivan" al pago de los perjuicios sufridos, daño emergente –valor de los bienes arrebatados y lucro cesante– las sumas dejadas de percibir como ganancias del bien de que han sido despojados"; y como petición subsidiaria, la responsabilidad de los daños tanto materiales como morales sufridos al no adquirir ese establecimiento el predio "Loro" "después de que el mencionado Instituto parceló parte del mismo y adjudicó a 24 familias de campesinos del municipio de Manatí las parcelas" y al pago de los perjuicios respectivos.

"2. Inicialmente, se inadmitió la demanda. Para el Consejero Sustanciador no era procedente adelantarse por esa jurisdicción el proceso sino por la ordinaria, por tratarse de una controversia sobre el dominio de un inmueble, por la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941. Al suplicarse el auto que negaba la admisión de la demanda, la Sala revocó, por lo cual se dispuso su impulso por esta vía.

"3. Para la colaboradora Fiscal, precisamente, la posición inicial del Consejero Sustanciador debe reflejarse en esta etapa del proceso, en el sentido de un pronunciamiento inhibitorio. Sostinene la Fiscal Segunda:

La demanda con que se inició el proceso, fue rechazada por auto de fecha junio 13 de 1979, por el señor Consejero Sustanciador, habida consideración de que en la "demanda se plantea una cuestión de dominio y pretende un pronunciamiento de esta Corporación, mediante el proceso contencioso administrativo, sobre un supuesto "despojo de la propiedad inmueble y ello no es procedente porque la *competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de junio de 1955, al declarar la inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941*, "pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de las acciones por indemnización por perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública", y al aclarar, con posterioridad, que "en la parte motiva de la sentencia de que se trata, la Corte sentó inequívocamente la doctrina de que las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración son de la competencia de la justicia ordinaria, de manera que la sentencia judicial que debe decidir esta clase de litigios no puede ser la pronunciada por ninguna jurisdicción especial".

"Tenemos entonces que si bien es cierto que la acción instaurada por la parte actora es la acción ordinaria de INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, el hecho generador de aquellos, según la petición principal consistió en hechos y operaciones realizadas por el INCORA, por medio de los cuales han sido despojados los actores GOMEZ RAGO de la posesión y propiedad de parte del predio "EL LORO" y de los rendimientos que de ella derivaban; y la petición subsidiaria la hacen consistir en el pago de los perjuicios recibidos por los actores como consecuencia de la parcelación por parte del Instituto y posterior adjudicación a 24 familias de campesinos del Municipio de Manatí de los predios de su propiedad.

"Sin necesidad de muchas disquisiciones se llega a la conclusión de que es imposible para esta Corporación, entrar al fondo del asunto por falta de competencia para ello, ya que según la sentencia de la Corte Suprema de Justicia corresponde a la jurisdicción ordinaria resolver las reclamaciones *sobre ocupación permanente de la propiedad privada por parte del Estado*. En este punto coincide la Fiscalía con las afirmaciones hechas en la providencia por medio de la cual no se admitió la demanda y que lleva fecha 13 de junio de 1979, folio 69 vuelto cuaderno 1.

"Tenemos entonces que el Consejo de Estado debe declararse inhibido para entrar a estudiar de fondo el asunto por falta de competencia para resolver sobre las súplicas de la demanda, ya que si bien es cierto la Jurisdicción Contencioso Administrativa tiene facultad para resolver sobre las acciones indemnizatorias, al tenor de lo previsto en el Decreto Ley 528 de 1964, *no lo es para resolver sobre indemnizaciones que surjan a raíz de la ocupación permanente de la propiedad privada*, como en el caso presente". (Anales del Consejo de Estado, Segundo Semestre 1984, Nos. 483-484, Tomo CVII, Año LIX, págs. 665 y 666). (subrayas fuera del texto).

De conformidad con la primera de las sentencias citadas, no existe duda alguna en cuanto a que el caso *sub-lite* está dentro de la excepción del artículo 266 del C.C.A. en virtud de la cual los términos que hubieren comenzado a correr se regirán por la ley vigente al momento de iniciar dicho término y esa ley es la que dió competencia al juzgado del conocimiento para admitir la demanda. Dentro del proceso referenciado se dictó auto de citación para sentencia y se descorrió el término para alegatos de conclusión (fls. 184, 185 a 190), razones de peso para que sea el Juzgado 26 Civil del Circuíto, cuyo titular admitió la demanda y adelantó la tramitación del proceso y a través de un amplio recorrido probatorio alcanzó la etapa procesal de dictar sentencia, el que deba fallar sobre el *petitum*. Tanto la Sala como la Fiscalía están acordes, en la segunda de las sentencias citadas, en que es la jurisdición ordinaria la competente para conocer de las reclamaciones sobre ocupación permanente de la propiedad privada por parte del Estado, con ocasión de trabajos públicos y, la decisión inhibitoria con la cual concluyó el caso objeto de tal pronunciamiento, está demostrando a *contrario sensu*, que era ante la jurisdicción ordinaria donde ha debido formularse la demanda que inicialmente inadmitió el Consejero Ponente considerando la inexequibilidad de los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941. Así, lo que a la postre impidió una decisión de fondo sobre lo que entonces se discutía fue el hecho de que la admisión de la demanda, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo adelantó un pronunciamiento para el cual no era competente y todo esto condujo a pérdida de tiempo, trabajo y dinero y, prácticamente, a la negación del servicio público de administrar justicia.

En concordancia con el artículo 266 del C.C.A., el artículo 40 de la Ley 153 de 1987, principio general del derecho en cuanto a tránsito de legislación, dispone: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir, pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Habida cuenta de que dentro del proceso aludido en la referencia, el término de que disponía el Juzgado 26 Civil del Circuíto para dictar sentencia había

comenzado a correr antes de la vigencia del Decreto Ley 01 de 1984, (fl. 191, C. 1) la ley aplicable es la vigente al momento de empezar a correr dicho término, es decir el art. 16 numeral 1° del C.P.C., en armonía con las dos disposiciones antes citadas y lo dicho en las sentencias aludidas que conducen a declarar la incompetencia de esta Corporación para seguir conociendo del proceso iniciado por el Señor Contreras Sierra.

En mérito de lo anterior,

**RESUELVE:**

**Primero**. Declarar que el Consejo de Estado no tiene competencia para continuar el trámite del proceso que contra el Distrito Especial de Bogotá impetró el señor MIGUEL ANGEL CONTRERAS SIERRA.

**Segundo**. Remitir toda la actuación al Tribunal Disciplinario para lo de su competencia, según el artículo 216 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo*, Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo*, *Gustavo de Greiff Restrepo*, *Julio César Uribe Acosta*, (Ausente por sanción).

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**COSA JUZGADA/ ACCION DE NULIDAD/ DESISTIMIENTO**

**La excepción de cosa juzgada es un medio de defensa del demandado que consiste en la invocacion de la existencia de una sentencia o de un auto que hubiere aceptado el desistimiento de una demanda, que por referirse a la misma *causa petendi* y, además, al mismo objeto y envuelva a las mismas partes en el caso de los restantes procesos contencioso administrativos, impide que el demandante pueda obtener el pronunciamiento judicial que persigue.**

**No es posible desistir de la demanda de nulidad de un acto administrativo, ni de las demandas electorales. Es posible hacerlo de la demanda de nulidad y restablecimiento, de la de reparación directa y de las relativas a contratos.**

*SE DECLARA LA NULIDAD de la Resolución 061 del 28 de abril de 1976, "por la cual se adopta un Programa de Parcelación y se autoriza al Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para adquirir tierras en los municipios de CARTAGENA, ARJONA, MAHATES, MARIA LA BAJA, SANTA CATALINA, SAN ESTANISLAO, SANTA ROSA Y TURBANA, Departamento de BOLIVAR", originaria de la Junta Directiva del Incora.*

**INCORA** - Funciones/ **EXPROPIACION/ DERECHO DE DOMINIO** - Extinción

**Esta corporación ha sostenido que las Resoluciones del Incora mediante las cuales se adopte un programa, invocando al efecto el numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961 o mediante las cuales se afecten predios en desarrollo de tales programas, no pueden legalmente ser expedidas hasta tanto el Ministerio de Agricultura no determine los productos de**

**alto interés nacional y los niveles de productividad que sirvan para determinar la eficiencia de la explotación.**

**DECAIMIENTO DEL ACTO**

**No es que por haberse suprimido el ordinal 2° del artículo 66 del C.C.A. pueda decirse que un acto administrativo del cual hubieren desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho no pueda ser anulado o suspendido por el Juez de lo Contencioso Administrativo sino que lo que significa es que mientras tales suspensión o anulación no se produzcan, el acto debe ser aplicado, es decir, obedecido por los particulares y por la misma administración.**

**ACTO ADMINISTRATIVO** - Ilegalidad sobreviniente

**La Sala por vía de doctrina considera que bien puede darse la nulidad de un acto administrativo, por ilegalidad sobreviniente, siempre que los efectos del acto en cuestión estén por surtirse o no hubieren creado situaciones jurídicas concretas.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., veintitres (23) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5346. Actor: Bernardo Carreño Varela.

Agotada la tramitación de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a fallar el negocio de la referencia, el cual se inició en virtud de demanda presentada el 29 de abril de 1988.

## I. ANTECEDENTES:

1. El actor solicita que se declare la nulidad de la Resolucion No. 61 del 28 de abril de 1976 de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), "Por la cual se adopta un Programa de Parcelación y se autoriza al Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para adquirir tierras en los municipios de CARTAGENA, ARJONA, MAHATES, MARIA LA BAJA, SANTA CATALINA, SAN ESTANISLAO, SANTA ROSA Y TURBANA, DEPARTAMENTO DE BOLIVAR".

2. Los hechos, fundamento del *petitum* pueden sistentizarse así:

a) El Incora dictó en el año de 1975 julio 9 la Resolución que lleva el No. 86 por la cual su Junta Directiva "decretaba el programa de parcelaciones en varios municipios del departamento de Bolívar".

b) La citada resolución tuvo como antecedente una serie de estudios realizados por el Incora en el citado departamento y señaló sin seguir los "criterios legales" unos predios y zonas como expropiables.

c) El mismo actor dentro del presente proceso, demandó la citada resolución para que se decretara su nulidad, entre otras razones, porque previamente el Ministerio de Agricultura no había señalado "los mínimos de productividad y los productos de alto interés nacional y el grado de su eficiencia".

d) Esta Corporación por auto del 27 de abril de 1976 suspendió provisionalmente, por las razones alegadas, dicha resolución.

e) "Por medio de la Resolución 56 de 1976 la Junta Directiva del Incora revocó la Resolución 86 de 1975, demandada y suspendida".

f) El señor Ministro de Agricultura, por medio de la Resolución No. 23 de 31 de enero de 1975 fijó los mínimos de productividad para los años de 1973 y 1974.

g) El actor también pidió ante esta Corporación que se declarara la nulidad de la citada Resolución 23 y a ello se accedió por sentencia de diciembre 15 de 1977.

h) La Resolucion No. 72 de 1976 del Ministerio de Agricultura también fue demandada y su nulidad se declaró por esta Corporación por sentencia de octubre de 1977.

i) Por Resolución No. 90 de 1976 el señor Ministro de Agricultura determinó los productos de alto interés nacional y las condiciones de eficiencia y en su artículo 4$^{o}$ dijo que se entendía que un predio estaba dedicado eficientemente a explotar los productos de alto interés nacional cuando su producción sobrepasara en un 25% los mínimos de productividad y como otra forma de medir la eficiencia se previó "un complicado cuadro de calificaciones, según unas 'categorías zonales' establecidas en la Resolución No. 72 de 1976", la que según se anotó, fue declarada nula.

j) Al ser anuladas por esta Corporación "las resoluciones que fijaban los mínimos de productividad y las 'categorías zonales' la Resolución No. 90 se tornó inaplicable".

k) "El Ministerio de Agricultura no volvió a fijar, jamás, mínimos de productividad, productos de alto interés nacional, ni condiciones de eficiencia".

l) así las cosas, el 28 de abril de 1976 la Junta Directiva del Incora dictó la Resolución No. 61, cuya nulidad se demanda en el presente proceso y la cual reproduce casi al pie de la letra la 86 "y se basaba en los mismos estudios de la suspendida y derogada".

ll) El actor, dice, entonces, que "por razón de la igualdad anotada, dentro del proceso que adelantaba contra la Resolución No. 86 de 1975 del Incora, pedí al H. Consejo que suspendiera provisionalmente, según los artículos 99 y 100 de la Ley 167 de 1941, la Resolución 61". "El Consejo estimo que por cuanto estaban vigentes las Resoluciones 23 de 1975, 72 de 1976 y 90 de 1976 del Ministerio de Agricultura las condiciones legales no sean las mismas, y no suspendió la Resolución 61 de 1976".

m) Como posteriormente el Consejo de Estado suspendió y anuló las Resoluciones 23 de 1975 y 72 de 1976 del Ministerio de Agricultura, "hoy se dan, respecto de la Resolución No. 61 de 1976 del Incora las mismas condiciones que se predicaron de la 86 de 1975 del mismo Instituto".

n) Hoy rige, además, la Ley 30 de 1988 de "Reforma Agraria", que entró en vigencia el 22 de marzo del mismo año, cuando fue publicada en el Diario Oficial No. 38264.

3. Sobre los fundamentos de derecho y normas violadas dijo, en síntesis, el actor en su libelo introductorio:

a) Como la Resolución impugnada se fundamentó en disposiciones que exigían el previo señalamento de mínimos de productividad, explotaciones de interés y condiciones de eficiencia y los actos administrativos que los hicieron fueron anulados, "el posible cumplimiento de los requisitos legales desapareció frente a los pronunciamientos del H. Consejo".

Por consiguiente, para el actor se violaron los arts. 20, 26 y 30 de la Ley 135 de 1961 (con las variaciones introducidas por las Leyes 1a. de 1968 y 4a. de 1973) y los artículos 1°, 3°, literales c) y f), 54, 56 numerales 3° y 4° del inciso 1° y los incisos 2°, 3° y 4°; 57 y 58, numeral 4°, de la misma ley; y los artículos 1° y 2°, especialmente con su parágrafo 3° 4° 10 inciso 2° numeral 4°, 22 numeral 1° y todos los que con ellos concuerden y armonicen".

La violación, dice el actor, se produjo por expedición irregular, por falsa motivación y por desviación de atribuciones y abuso del poder.

La desviación y abuso se produjo porque "aun cuando formalmente, en la parte resolutiva de la resolución impugnada no se dice que pueden adquirirse tierras adecuadamente explotadas, lo dice claramente en la parte motiva que, inclusive por la forma en que está redactada es una resolución, una orden, dice así:

> "Corforme a las previsiones legales, la adquisición de tierras para ejecutar programas de parcelación, deberá cumplirse agotando antes que todo las vías de negociación voluntaria. Con todo, si en desarrollo del programa se hiciere necesario adquirir predios ADECUADAMENTE EXPLOTADOS, cuyos propietarios se negaren a vender, deberá proceder a su expropiación de conformidad con el numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961, siempre que no estén destinados a cultivos de alto interés nacional y su explotación cumpla con los niveles de eficiencia, señalados al respecto por el Ministerio de Agricultura". Por consiguiente, dice el actor, "la forma irregular que adoptó la Resolución 61, al colocar dentro de sus considerandos un actro dispositivo tiene, claramente, por finalidad la de eludir el control jurisdiccional que había suspendido la que la antecedió porque autorizaba la adquisición de tierras de propiedad privada, aún adecuadamente cultivadas".

Expresa también, el actor, que "el artículo 30 de la Carta protege la libertad (sic) privada, a la cual le da el carácter de función social", función que en relación con el agro está regulada por la Ley 135 de 1961 "que enseña lo que debe hacer el propietario, el tamaño que debe tener su propiedad, quien la ejercerá, etc." así como reglamenta cuándo y cómo se pierde la propiedad".

En relación con esto último, señala que la Ley 135 de 1961 fija sus objetivos en el artículo 1° y en el 3°, señala que la capacidad del organismo y ejecutor se encuentra encaminada a acrecentar la producción y la productividad y que de sus 26 capítulos solo uno trata del reparto de tierras "y eso de las inadecuadamente explotadas".

En cuanto a parcelaciones, el Incora solo podía adquirir las tierras de propiedad privada sí en la respectiva zona no había baldíos y estos no alcanzaban "adquiriendo primero las incultas, luego las explotadas por pequeños arrendatarios y en últimno caso, las adecuadamente explotadas, si se daban unas condiciones de excepción, precisas y establecidas en la ley, fijadas en los artículos 57 y 58 (tal como quedaron de acuerdo con la Ley 4a. de 1976), que tenía que comprobarlas y expresarlo así en la resolución que adoptara el proyecto".

La expropiación para el desarrollo de un plan de parcelaciones no era posible si se trataba de predios dedicados eficientemente a programas de producción de

alto interés nacional que deberían ser fijados por el Ministerio de Agricultura con base en resoluciones que fijaran los mínimos de productividad y las que determinaran los productos de interés nacional.

En relación con la resolución acusada las condiciones de eficiencia se determinaran en la Resolución 90 de 1976; "pero las condiciones de eficiencia se señalaran en relación a los mínimos de productividad y a unas zonas, que no existen".

En cuanto a la acusación por *falsa motivación* dice el actor que los estudios en que se basó el Incora para decretar el plan expresado lo contrario de lo que pedía la ley pues "el artículo 57 de la ley –que aún está vigente– exige que sea notoria la concentración de la propiedad raíz" y "los datos –no comparados, para establecer la notoriedad– dicen lo contrario".

Por otra parte, "el numeral 4º del artículo 58 de la ley –que ya no es así pero en el cual se basó la resolución– pide que haya en la zona un considerable número de campesinos sin tierra y en condiciones precarias; los estudios señalan que lo que ahora se llama "equipamiento social" (educación, salud, vivienda, vías, etc), era superior al del resto del Departamento; la ocupación y el ingreso "*per capita*" eran más altos en el área que en el resto del Departamento".

Finalmente, en esta parte de su demanda, dice: "Los predios que debían afectarse se escogieron previamente, sin tener en cuenta el orden legal, con el fin determinado de adquirirlos, sin importar la ley".

Enseguida el actor apunta que la Ley 30 de 1988 introdujo, en relación con el caso de la demanda, dos modificaciones importantes pues suprimió la "calificacion de los predios" y varió "el procedimiento". "La nueva ley ... elimina la calficación. Pero entonces, la seguridad que antes se encontraba en la adecuación, se cambia por el Plan Nacional; sólo pueden adquirirse tierras que estén señaladas en él. Entonces la resolución impugnada viola la legalidad porque no existen normas que permitan calificar un predio o bien porque no hay Plan Nacional".

4. El actor, en escrito separado, pidió la suspensión provisional de la resolución acusada como nula (fls. 51 a 56), la que fue negada por el Consejero conductor del proceso con fundamento en que el demandante no indicó claramente las normas violadas y el concepto de la violación y porque no aparecía, en su concepto, en forma manifiesta, flagrante, la contrariedad con norma alguna de carácter superior (fls. 57 a 62).

5. La entidad demandada se hizo presente en el proceso por intermedio de apoderado especial, quien contestó la demanda (fls. 122 a 126 vto.) oponiéndose al petitum porque, en su opinión, la Resolución 61 de 1976, por un lado, en su

parte resolutiva, conformada por dos artículos, no hace relación alguna al numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961 y por otro, "en ningún momento está disponiendo la expropiación de tierras adecuadamente explotadas de que trata el artículo 58 de la Ley Agraria".

Refiriéndose al argumento del actor acerca de la existencia en la parte motiva del acto acusado de una consideración según la cual "si en desarrollo del programa se hiciere necesario adquirir predios ADECUADAMENTE EXPLOTADOS, cuyos propietarios se negaren a vender, deberá procederse a su expropiación de conformidad con el numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961...", expresa que incurre en una confusión del texto de la parte motiva con la de la resolutiva del acto impugnado, sin tener en cuenta que lo que obliga en toda providencia es el contenido de la parte resolutiva, que en nuestro caso no es otra cosa que la "adopción de un programa de parcelación en beneficio de los campesinos pobres"... "de algunos municipios del departamento de Bolivar, y no de la expropiación de tierras adecuadamente explotadas".

Agrega que "si en gracia de discusión se aceptara que la mencionada Resolución 061 de 1976, tuviese que ver con la expropiación de tierras adecuadamente explotadas y por esta razón de haber observado las previsiones del numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961; ocn la expedición de tal acto tampoco se infringieron las normas señaladas en el libelo demandatario" porque: fue proferida por el órgano competente con lleno de los requisitos exigidos por la Ley 135 de 1961, después de agotado el procedimiento dispuesto por el numeral 4° de su artículo 58 tal como en forma clara lo expresó el Consejo de Estado en auto del 27 de agosto de 1976, dentro del proceso 1956, (cuando negó la suspensión provisional de la Resolución 061 de 1976, pedida por el actor) para cuyo efecto transcribe apartes del mismo, en donde la Corporación manifiesta que no se había violado por la Junta directiva del Incora el artículo 99 de la Ley 167 de 1941 (hoy artículo 158 del C.C.A., artículo 34 del Decreto 2304 de 1989), con la expedición de dicha resolución, por la obvia razón de que con posterioridad al acto que suspendió la Resolución 085, el Ministerio de Agricultura profirió precisamente el acto por cuya inexistencia se había decretado aquella suspensión, o en otras palabras que desaparecieron los fundamentos legales de la suspensión de la Resolución 085" (se refiere el Consejo a la Resolución 090 del 1o. de abril de 1976 que determinó los productos de alto interés nacional y las especiales condiciones de eficiencia).

Lo anterior le sirve al apoderado de la parte demandada para sostener que la Resolución 061 de 1976 se diferencia de la 085 de 1975 "en el hecho de que la primera fue expedida precisamente acatando la fundamentación expuesta por

el Honorable Consejo de Estado", cuando suspendió la segunda (por auto de fecha 27 de abril de 1976).

Por último, propuso la excepción de cosa juzgada que fundamentó "en el hecho de que el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante auto de fecha 27 de agosto de 1976... ya se pronunció sobre la legalidad del acto demandadao dentro del proceso de la referencia...".

6. Practicadas las pruebas solicitadas por las partes, éstas alegaron de conclusión repitiendo en lo sustancial los argumentos expuestos en sus respectivos libelos de demanda y contestación a ésta.

El Ministerio Público por intermedio de la Fiscal 2a. de esta Corporación observa que la Resolución acusada, la 061 de 1976 ya había sido demandada por el actor; que en el proceso respectivo aparece la providencia de fecha 27 de agosto de 1976, proferida por la Sala de Decisión de la Sección Tercera "en donde de manera clara se exponen las razones de orden jurídico para no acceder a la suspensión provisional de la mencionada resolución", de la cual transcribe algunos apartes, (como lo hizo la entidad demandada al responder la demanda) y que el actor "posteriormente desistió de la acción".

Agrega que. "En relación con el cargo sobre falsa motivación a que alude el actor, este despacho no comparte su criterio, pues de las consideraciones del acto acusado, no se puede deducir la orden específica de expropiar unas tierras de propiedad privada, como lo entiende el demandante; pues la parte resolutiva de la Resolución 061 sólamente se limitó a adoptar un programa de parcelación en beneficio de los campesinos pobres de los municipios allí mencionados.

"Cosa muy diferente será, lo que en el curso del proceso administrativo pueda llegar a suceder respecto a la adquisición de tierras, caso en el cual se producirán los actos administrativos pertinentes, contra los cuales proceden los controles que la ley establece.

"No resulta lógico pues, pretender la nulidad de la Resolución que únicamente resuelve adoptar un programa de parcelación, con el argumento de que ya ese acto está expropiado fundos adecuadamente explotados.

"En relación con la aplicación de la Ley 30 de 1988 en la calificación de las tierras a que se refiere la Resolución No. 061 de 1976, como lo pretende el actor, resulta completamente desatinado, pues la Ley 30 de 1988 no puede aplicarse de manera retroactiva a situaciones anteriores, reguladas por las normas existentes en esa época.

"El apoderado judicial del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, insiste en afirmar que en el presente asunto ha operado el fenómeno de cosa juzgada. Lo anterior en extricto rigor no ha sucedido, pues en el primer proceso que el actor inició contra la Resolución No. 061/76, no se produjo sentencia pues hubo desistimiento de la acción. Pero lo que sí resulta cierto, es que el problema que ahora se plantea ya fue resuelto por la Sección cuando decidió el recurso de súplica contra el auto que denegó la suspensión provisional en el primer proceso, providencia que esta Fiscalía se permitió transcribir".

Finaliza la Fiscalía solicitando que se denieguen las súplicas de la demanda. (fls. 208 a 214).

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. En relación con sentencia dictadas en procesos de nulidad de actos adminstrativos el fenómeno de la "cosa juzgada", opera, en síntesis, a la luz del artículo 175 del C.C.A., así:

a) La que niegue la nulidad pedida produce cosa juzgada *erga omnes*, sólo en relación con la "*causa petendi*" juzgada.

El Código de Procedimiento Civil le da efecto de cosa Juzgada al auto que acepte el desistimiento de la demanda por el actor y expresa que implica la renuncia de las pretensiones aducidas en aquella "en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada" (art. 342) de donde no podrá la parte intentar el mismo proceso contra los mismos demandados por la misma razón (*eadem causa petendi*) y con el mismo objeto (*eadem res*).

El Código Contencioso Administrativo no contempla el desistimiento de la demanda y sus efectos, sino en su artículo 235, tal como quedó reformado por el 69 de la Ley 96 de 1985, el cual en su último inciso dispone que el demandante, en los procesos electorales "solo puede desistir con la aceptación del Ministerio Público".

En las acciones de nulidad, bajo la vigencia de la Ley 167 de 1941, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en asunto de carácter electoral, entendió que en los procesos en los cuales se debatía un interés público el desistimiento era imposible y por ello, a falta de una disposición como la del citado artículo 235, entendió que en las "acciones electorales" el desistimiento era imposible; para las restantes "acciones de nulidad pura" o "acciones públicas de nulidad" consideró que tampoco era admisible por cuanto "en estos juicios puede decirse que el actor es un intermediario

que obra a nombre de la sociedad y en interés únicamente de la norma superior violada" y, fundó su decisión, además, en lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 25 de 1928 que consideró vigente por no haber sido expresamente derogado por la precitada Ley 167 (El artículo 14 mencionado dice así: "En las acciones de carácter público no se permitirá el desistimiento de la acción que hubiere intentado, y, si el actor o actores abandonaren por más de treinta días el respectivo juicio, éste seguirá de oficio hasta su terminación"). Esta decisión, pronunciada dentro del Expediente No. 698, actor: Rubén Helí Ahumada Najera, contó con el salvamento de voto del H. Consejero Jorge Valencia Arango para quien "La regla general es la de que puede desistirse de toda acción no iniciable de oficio, o lo que es lo mismo, en la jurisdicción no iniciable de oficio, o lo que es lo mismo, en la jurisdicción no iniciable de oficio, o lo que es lo mismo, en la jurisdicción rogada toda pretensión es desistible" (Anales, Primer Semestre, 1981, págs. 570 y ss).

El nuevo Código Contencioso Administrativo, como atrás se dijo, no contiene ninguna disposición de tipo general acerca del desistimiento de la demanda, y, en principio, puede sostenerse que continúa vigente el artículo 14 de la Ley 25 de 1928, tanto por ser disposición especial como porque el envío que el Código hace a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (art. 267) es con la advertencia de aplicarse en los aspectos no contemplados en el primero "en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo" y parece evidente que la norma del artículo 342 del segundo no corresponde precisamente a la naturaleza de un proceso promovido por demanda de anulación de un acto administrativo (art. 84 C.C.A).

En cambio, cuando se trata de un proceso de anulación con restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A), "la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene aceptado, desde hace muchos años, que la acción de plena jurisdicción que consagraba el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, equivalente a la de restablecimiento del derecho que consagra hoy el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto Ley número 1 de 1984, es libremente desistible por quien la ha ejercido a diferencia de lo que acontece con el contencioso de simple nulidad o con el electoral", según lo expuesto en auto de la Sección Tercera del 2 de junio de 1987 (Anales, primer semestre de 1987, págs. 303 y ss), lo que está acorde con la naturaleza de tales procesos, en los cuales se debaten intereses privados y la actuación del demandante solo mira a su interés individual. Estos mismos principios, dada su naturaleza, son aplicables a las acciones contractuales y de reparación directa (arts. 86 y 87).

Así las cosas, al relacionar lo expuesto sobre el desistimiento y la cosa juzgada, se tiene:

a) No es posible desistir de la demanda de nulidad de un acto administrativo. La sentencia que declare la nulidad tiene fuerza de cosa juzgada "*erga omnes*" y la que la niegue sólo la tiene en relación con la "*causa petendi*" juzgada, pero también *erga omnes*.

b) Es posible desistir de la demanda de nulidad y restablecimiento, de la de reparación directa y de las relativas a contratos administrativos o de derecho privado de la administración, en los que se hubiere pactado claúsula de caducidad y el auto que acepte el desistimiento tiene efecto de cosa juzgada sólo en relación con las partes y con el objeto del proceso respectivo.

c) De las demandas electorales hoy se prohibe desistir el acuerdo con el art. 58 del Decreto 2304 de 1989.

La excepción de cosa juzgada es un medio de defensa del demandado que consiste en la invocación de la existencia de una sentencia o de un auto que hubiere aceptado el desistimiento de una demanda, que por referirse a la misma causa petendi (en el caso de un proceso contencioso administrativo de nulidad), y, además, al mismo objeto y envuelva a las mismas partes (en el caso de los restantes procesos contencioso administrativos, impide que el demandante pueda obtener el pronunciamiento judicial que persigue y como todo medio de defensa, que no consista solamente en la negación de los hechos o del derecho aducidos en la demanda, exige, en principio, que sea acreditado por el que lo alega (art. 177 C. de P.C.). Se dice que en principio, porque de acuerdo con las modernas doctrinas procesalistas si el juez encuentra acreditado el hecho en que se funde una pretensión o una defensa contra ella deberá declararlo así sin que importe que la prueba no hubiere sido aportada por quien tenía la carga de aducirla).

En el caso de autos, la entidad demandada alegó la existencia de cosa juzgada fundada en el hecho de que esta Corporación, mediante auto de fecha 27 de agosto de 1976, proferido dentro de proceso promovido por quien es actor en el que ahora se decide y demandado la misma entidad que lo es en este caso y el acto acusado fue también la Resolución 61 de 28 de abril de 1976 proferida por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, ya se pronunció sobre la legalidad de la misma.

Por su parte, la colaboradora Fiscal expresa en su vista de fondo que "consultando los antecedentes en la Secretaría de la Sección Tercera, se pudo establecer, que realmente el mismo doctor CAREÑO (sic) VARELA demandó en el año

76 la Resolución No. 061/76 y que posteriormente desistió de la acción". (fl. 212), pero no deduce ninguna conclusión de lo que expone.

El actor en los hechos que enumera para sustentar su demanda habla de haber solicitado de esta Corporación que suspendiera la Resolución 61 y dice que ésta no accedió a su petición "por cuano estaban vigentes, en ese momento, las Resoluciones 23 de 1975, 72 de 1976 del Ministerio de Agricultura", que servían de sustento a aquella, pero alega que como las números 23 y 72 fueron posteriormente suspendidas y luego anuladas, ello justifica que pueda pedir ahora la anulación de la 61.

Como sucede que la parte demandada no se preocupó por demostrar la existencia de la cosa juzgada alegada, como le correspondía, ni en el proceso existe prueba alguna de la misma y el actor por su parte, aun cuando acepta haber solicitado antes la suspensión provisional de la resolución acusada y no haberla obtenido, advierte que las razones que justificaron esa decisión desaparecieron, porque más tarde la Corporación anuló dos de las tres resoluciones que sustentaron la decisión (de donde hay lugar a pensar que existe una causa petendi distinta, en los dos procesos) y tampoco puede saberse qué suerte corrió el desistimiento de la acción de que habla la Fiscalía, pues ésta se limita a mencionar el hecho sin explicación adicional ninguna, es evidente que no será del caso "declarar probada la excepción de Cosa Juzgada propuesta en la contestación de la demanda" como lo solicita el señor apoderado judicial de la entidad demandada.

2. Cualquiera sea el concepto filosófico, político o económico que se tenga sobre la reforma agraria y ya se piense que su finalidad debe ser la de redistribuir la tierra, ora si la conciba como una manera de forzar a los actuales propietarios a explotarla a niveles óptimos de eficiencia, como la concibe el actor en el presente caso, bien se la imagine como el medio más adecuado para promover el cultivo de tierras baldías, o, en fin, que está diseñada más para favorecer tipos de estructura comunitaria o social de la tierra que formas individuales de propiedad, lo cierto es que, en todo caso, para que a un propietario de un inmueble rural se le pueda "desinvestir" de su derecho de dominio, con aplicación de las normas de reforma agraria, es necesario, bajo nuestro régimen jurídico que se cumplan una serie de etapas que van desde el inicio de diligencias administrativas tendientes a comprobar la falta de explotación económica de un predio, para declarar extinguido su dominio, o que por el contrario se explota eficientemente, pasando por su afectación para un proyecto de parcelación simple, de concentración parcelaria o reestructuración de minifundios o para la reforestación para recuperación de tierras erosionadas o la conservación y defensa de suelos y aguas hasta llegar al proceso jurisdiccional de expropiación.

Dados los términos del artículo 30 de la Coonstitucion Política, que por un lado obliga al respeto de la propiedad privada y por el otro sienta el principio de que ella es una función social que implica obligaciones, la legislación colombiana consagra dos formas o maneras para que un inmueble salido del domino eminente del Estado, puede volver a él con el objeto de que aquél pueda cumplir con las finalidades que el legislador haya pretendido buscar con la reforma agraria.

Esas dos formas son las de la extinción del dominio privado y las de la expropiación, con el sucedáneo de la negociación y compra directas por la administración.

La primera envuelve, además, un castigo o una sanción para quien siendo titular del dominio no supo o no quiso reconocer esa característica de constituir una función social.

Por ello, desde la Ley 200 de 1936 sobre "Régimen de Tierras" se consagró en favor de la Nación la extinción del derecho de propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejecutar la posesión, que constituye la expresión material de ese derecho, durante diez (10) años contínuos (tres ahora de acuerdo con la Ley 4a. de 1973) y la Ley 135 de 1961 le confirió al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora) competencia para "adelantar las diligencias y dictar las resoluciones" tendientes a dicho fin y a su vez lo facultó para adjudicar los terrenos correspondientes, bien a personas individualmente consideradas o bien destinarlas a colonizaciones (art. 3º).

Mediante la negociación directa y la expropiación el mencionado Instituto fue autorizado para adquirir tierras destinadas a cumplir los programas de reforma agraria.

Explicando cuál es la justificación de la adquisición de tierras de propiedad privada, dice así quien hasta hace poco fuera Consejero de Estado, el Dr. Guillermo Benavides Melo en su obra Reforma Social Agraria. "Como en el caso de la extinción del dominio privado, es el artículo 30 de la Constitución Nacional el fundamento de la adquisición de tierras de propiedad privada. Pero, a diferencia de lo que ocurre con la extinción, en la cual la carencia de explotación económica o, lo que es lo mismo, el hecho de no imprimir a la propiedad privada la función social que la Carta fundamental ha exigido es lo que sirve de base a la acción del Estado en tratándose de la adquisición por compra o por expropiación, son los conceptos, invocados por el legislador, de utilidad pública o de interés social, la razón de ser de esta otra forma por la cual la propiedad privada se ve afectada para satisfacer los fines que la reforma agraria se ha propuesto. Porque conforme dispone el texto citado,

cuando la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. Y agrega: "Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"La Ley 135 de 1961, al regular el fenómeno de la adquisición de tierras de propiedad privada para afectarlas a sus propios programas, inspirada en el texto constitucional, dispuso, en consecuencia, el artículo 54: "De acuerdo con el artículoo 30 de la Constitución, se declara que hay interés social y utilidad pública en la adquisición de tales tierras".

"De manera que, aun cuando una propiedad esté cumplimieno la función social que la ley de leyes demanda, los motivos ya definidos por el legislador, obligan al titular del derecho de enajenarlo para satisfacer necesidades e intereses superiores que importan a toda la comunidad" (ob. cit. Ed. Temis, Bogotá, 1977, págs. 99 y 100).

3. Ahora bien, cuando se trata de la expropiación de un inmueble rural, para fines de la reforma agraria, cuáles son los pasos que debe cumplir el ente administrativo a quien la ley facultó para tal efecto?

La Sala se formula este interrogante porque, como se recuerda, una de las razones en las que el actor fundamenta su petición de nulidad de la resolución acusada radica en que dispone que si en desarrollo del programa de parcelación adoptado por dicha resolución "se hiciere necesario adquirir predios ADECUADAMENTE EXPLOTADOS, cuyos propietarios se negaren a vendr, deberá procederse a su expropiación de conformidad con el numeral 4º del artículo 58 de la Ley 135 de 1961, siempre que no estén destinados a cultivos de alto interés nacional y su explotación cumpla con los niveles de eficiencia señalados al respecto por el Ministerio de Agricultura", y en el mismo acto administrativo se estableció que previamente se procederá a agotar las vías de negociación voluntaria con los mismos propietarios a quienes se dispone expropiar en caso de no poderse convenir en la compraventa directa (fls. 2 y 41).

Excepto en regímenes totalirarios, todo sistema legislativo implica en gran medida una transacción entre los varios intereses que pueden verse afectados y favorecidos con una determinada regulación de actividades y nada más cierto que esto en relación con una reforma agraria en donde se encuentran en conflicto intereses de los detentadores de capitales representados en las tierras y los deseos de quienes nada o muy poco poseen, así como entre las necesidades económicas

de una eficiente producción de bienes agrícolas y la necesidad de atender aquellos deseos.

En vista de solucionar esos encontrados intereses la Ley 135 de 1961 dispuso un orden de prelación en relación con los inmuebles rurales que eventualmente podrían verse afectados con los programas que decidiera emprender el Incora. Así se sentaron dos principios reguladores del sistema, a saber: a) Las tierras adecuadamente explotadas no debían ser objeto de expropiación sino de negociación voluntaria y b) las demás podían ser afectadas, comenzando en primer término con las baldías fácilmente accesibles a los campesinos de la región respectiva y siguiendo con las incultas privadas, las inadecuadamente explotadas, los predios que en su extensión total o parte importante de la misma se explotaren por medio de arrendatarios o de aparceros y, finalmentee, las adecuadamente explotadas, cuyos propietarios eestuvieren dispuestos a enajenarlos en las condiciones prevista en la ley (art. 55).

El principio general según el cual no era posible afectar mediante la expropiación las tierras adecuadamente explotadas, se excepcionó en los siguientes casos, como lo anota el mismo autor citado, Dr. Guillermo Benavides Melo, en los siguientes casos:

"a) Cuando la superficie de una zona de minifundio deba ensancharse con propiedades aledañas o cercanas para hacer posibles las operaciones de concentración parcelaria que la misma ley regula.

"b) Para facilitar a los pequeños arrendatarios o aparceros la adquisición o ensanche de las parcelas que han venido trabajando.

"c) Para facilitar a los pequeños arrendatarios o aparceros su establecimiento sobre otras tierras de la misma región, cuando ese traslado aparezca más conveniente.

"d) Cuando la adquisición sea necesaria para establecimiento de pequeños propietarios, arrendatarios o aparceros de la vecindad, ocupantes de tierras que hayan de ser puestas fuera de explotación.

"e) Cuando los predios, en su extensión total o parte de la misma se exploten por medio de arrendatarios o aparceros, y en este ultimo caso, es decir, en el de la aparcería, el propietario no ejerza la dirección de la explotacion y no tenga a su cargo, conforme al contrato de aparcería, parte de los gastos u operaciones de aquella. Sin embargo, no son expropiables las tierras que encontrándose en estas circunstancias, pertenezcan a menores o incapaces.

"f) Cuando se requieran para facilitar la conducción de aguas, los avenamientos, el tránsito y los transportes en las zonas rurales donde el Instituto cumple sus funciones.

"g) Cuando las respectivas superficies se hallen explotadas por pequeños arrendatarios, aparceros o similares, y por este simple hecho, salvo los casos de plantaciones permanentes de propiedad del dueño de la tierra, siempre y cuando que ellas formen parte de una empresa agrícola dirigida por él mismo y este tenga a su cargo parte importante de los gastos de explotación, y corran también por su cuenta operaciones relacionadas con la explotación misma, la conservación y mejora de las plantaciones y el beneficio y mercadeo de los productos.

"h) Cuando se trate de tierras aledañas del mismo predio en el cual se encuentran ubicados los pequeños arrendatarios, aparceros y similares, si las ocupan no son suficientes para integrar en su favor y beneficio unidades agrícolas familiares.

i) Cuando sean necesarios los predios aledaños a aquellos en los cuales se encuentran ubicados los pequeños arrendatarios, aparceros y similares, con fines semejantes a los enunciados en el literal anterior, porque las parcelas que ocupan y las tierras restantes del predio de que se trate no alcancen las superficies necesarias para la formación de las mencionadas unidades agrícolas familiares.

"j) Cuando se requieran para la formación de unidades agrícolas familiares en los distritos de riego de que trata el capítulo XII de la ley" (*ob. cit.* págs. 109 y 110) (art. 58, 59 bis y 68 de la Ley 135 de 1961).

4. Con ocasión de demanda presentada contra algunos ordenamientos del Decreto 1489 de 1962 por el cual se reglamentaba parcialmente la Ley 135 de 1961, esta Corporación, en sentencia del 22 de septiembre de 1967 (Anales Segundo Semestre, 1967, págs. 79 y ss.), sentó, los siguientes principios:

a) El Incora no puede adquirir tierras de propiedad privada, ni mediante el sistema de la declaratoria de extinción del dominio, ni por los de negociación directa o expropiación sino para cumplir los objetivos de la ley. "... (U)na adquisición que no fuera para cumplir los objetivos de la ley, sería contraria a ella".

b) La facultad dada al Incora para adquirir tierras es reglada. "La misma ley (se refiere a la 135 de 1961) se encaminó a circunscribir las facultades que dió a la entidad señalandole los lugares en donde las adquisiciones pueden hacerse, el orden de ellas y los casos en que puede expropiar los adecuadamente explotados.

"Por otra parte, la ley observa un orden lógico que parece consultar la realidad, en primer lugar, y la propia conveniencia en el desarrollo de la tarea del Instituto frente a los intereses particulares, los fines llamados a alcanzar por éste, la ublicación donde puede adquirir fundos de propiedad privada por el camino de negociaciones directas o por el de expropiación, el orden en que debe adquirirlos y el señalamiento de los casos en que puede expropiar aquellos adecuadamente explotados. Siendo esto así no podría concederse al Instituto facultad discrecional para determinar las prioridades consagradas en los ya citados artículos de la ley mencionada". (se refiere el Consejo a los arts. 54, 55, 57 y 58 de la Ley 135 de 1961).

c) El artículo 56 de la Ley 135 define lo que son tierras inadecuadamente explotadas y menciona los factores que deben tenerse en cuenta para calificar un predio como inculto. Estos factores "deben tomarse todos en conjunto para decidir de la calificación y no en forma aislada. No basta, según el artículo 56 de la Ley con el solo criterio de uno o dos de esos factores porque la norma legal expresa que el Instituto tomará en cuenta los siguientes factores..."

d) La deteminación sobre si un predio de propiedad privada, que se considere necesario para el desarrollo de planes o programas de reforma agraria, está o no adecuadamente explotado debe hacerse con base en tales programas preestablecidos "que fijen cuáles son las necesidades de carácter económico y social en las distintas zonas del país".

"Para la Sala es acertado calificar la esencia de la Ley 135, como acto de intervención que desarrolla el principio constitucional del artículo 30, numeal 2° de la Carta en cuanto a la función social de la propieedad que allí se consigna; es, además, una regulación que obliga a explotar los fundos rurales y la venta voluntaria de ellos o su expropiación, cuando están afectados por la reforma y está el hecho establecido por un acto administrativo de carácter técnico originario de la Junta Directiva del Instituto de la Reforma Agraria (Art. 3° numerales (sic) C y D de la Ley citada)".

5. Establecido el orden de prelación que debe seguir el Incora en cuanto a las tierras a afectar con sus programas de redistribución de tierras, en el art. 55 de la Ley 135 de 1961, en el artículo 56 se instrituyó cuáles debían tenerse como incultas, (que de acuerdo con el artículo anterior constituyen las primeras de propiedad privada que puede adquirir para el desarrollo de los respectivos programas).

Posteriormente, la Ley 4a. de 1973, en su artículo 21, que subrogó al citado 56 cambió el sistema para aquella determinación y en lugar de definirlas por el criterio de incultas, estableció cómo se determinaban las adecuadamente explo-

tadas y para este efecto dijo que se tendrán como tales las tierrras que son objeto de explotación económica con cultivos agrícolas, pastos, ganadería en general, instalaciones agroindustriales, avicultura, piscicultura y bosques artificiales y naturales, en cuanto éstos se exploten de acuerdo con las normas legales vigentes y si además, los propietarios demuestran haber dado cumplimiento a las funciones sociales y económicas que en cinco numerales señaló y entre ellos, en el 3o. indicó a aquellas en donde el propietario, durante los tres años inmediatamente anteriores a la determinación de su afectación para un programa de parcelaciones, hubiere obtenido en el predio "los mínimos de productividad que para la respectiva región, cultivo o explotación ganadera haya señalado el Ministerio de Agricultura".

En concordancia con esta disposición, el artículo 22 de la Ley 4a. que subrogó el 58 de la Ley 135, dispuso que "podrán expropiarse tierras adecuadamente explotadas... 4o. para adelantar otros programas en regiones donde exista considerable número de campesinos sin tierras y en circunstancias económicas precarias... siempre y cuando no se trate de predios que estén dedicados eficientemente a programas de producción de alto interés nacional.

"El Ministerio de Agricultura, por medio de resoluciones de orden general y previo concepto favorable del Consejo Asesor de la Política Agropecuaria, establecerá, tanto los productos de alto interés nacional, como los niveles de productividad que sirvan para determinar las condiciones de eficiencia".

6. Ahora bien, cuando la Junta Directiva del Incora expidió la Resolución No. 061 de 28 de abril de 1976 acusada, "Por la cual se adopta un Programa de Parcelación y se autoriza al Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para adquirir tierras en los Municipios de CARTAGENA, ARJONA, MAHATES, MARIA LA BAJA, SANTA CATALINA, SAN ESTANISLAO, SANTA ROSA DE TURBANA, Departamento de Bolívar", expresó en sus considerandos que si en desarrollo del programa "se hiciere necesario adquirir predios deberá procederse a su expropiación de conformidad con el numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961, siempre que no estén destinados a cultivos de alto interés nacional y su explotación cumpla con los niveles de eficiencia señalados al respecto por el Ministerio de Agricultura", en armonía con lo cual, en la parte resolutiva de la misma resolución, después de manifestarse, en su numeral primero que se adoptaba el programa de parcelación correspondiente, en el segundo dispuso "Autorizar al Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para delegar en el Gerente Regional del Proyecto BOLIVAR, la facultad de dictar las Resoluciones por medio de las cuales se inician las diligencias administrativas de adquisición de los predios necesarios para la ejecución del presente programa,

diligencias que se adelantarán a través de las correspondientes Unidades Operativas o Directivas del Instituto".

Esta Corporación ha sostenido que las Resoluciones del Instituto mediante las cuales se adopte un programa invocando al efecto el numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961 o mediante las cuales se afecten predios en desarrollo de tales programas, no pueden legalmente ser expedidos hasta tanto el Ministerio de Agricultura no determine los productos de alto interés nacional y los niveles de productividad que sirvan para determinar la eficiencia de la explotacion (ver por ejemplo sentencia de diciembre 15 de 1977, Expediente No. 2028), lo cual es lógico porque si esos mínimos de productividad y esos productos de alto interés nacional se señalarán a posteriori y con carácter retroactivo, se dejaría indefensos a propietarios de tierras que deseara adquirir el Incora, como quiera que la entidad podría fijar unos mínimos o unos niveles que siempre llevarán a considerar los fundos en que estuviera interesado como tierras no explotadas adecuadamente, con violación del derecho de propiedad amparado por el artículo 30 de la Constitución Política.

7. El 1o. de abril de 1976 el Ministerio de Agricultura dictó la Resolución No. 090 "por la cual se determinan los productos de alto interés nacional y las especiales condiciones de eficiencia", en donde en su artículo 1° se declararon del alto interés nacional los programas de producción de 26 especies agrícolas; en el artículo 2° se declararon de alto interés nacional de programas de producción pecuaria; en el artículo 3°, se hizo lo mismo en cuanto a los programas de aprovechamiento de plantaciones forestales; y en los artículos 4° y 5° se dispuso:

"ARTICULO CUARTO. Se entiende que en un predio está dedicado eficientemente a la explotación de los productos a que se refieren los artículos anteriores, cuando en las declaraciones de renta de los tres años inmediatemente anteriores, aparezca que la producción obtenida, sobrepasa por lo menos en un 25% los niveles mínimos de productividad que para la respectiva región explotación y clase de suelo, haya señalado el Ministerio de Agricultura para dichos años".

"ARTICULO QUINTO. En las actividades ganaderas el cumplimiento de las normas técnicas de explotación y manejo hace presumir, en los términos del artículo 10 del Decreto 1369 de 1974, y en las condiciones señaladas por el artículo 8° de la presente Resolución, que el propietario ha alcanzado los niveles mínimos de productividad; y en los términos del artículo 3° del Decreto 584 de 1976 hace presumir, en las condiciones señaladas por eel artículo 9° de la presente Resolución, que el propietario ha alcanzado los niveles de eficiencia a que se refiere el numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961".

8. De acuerdo con lo explicado atrás la Resolución No. 061 por la cual se adoptó un programa de parcelacion y se autorizó al Gerente del Incora para adquirir tierras (adecuadamente explotadas) presuponía que el Ministerio de Agricultura hubiera determinado previamente los productos de alto interés nacional y los niveles de productividad que sirvieran para determinar la eficiencia de la explotación.

Se pregunta, entonces, la Sala si se cumplió con tal requisito.

La respuesta será negativa, con base en las siguientes razones:

a) En cuanto a *niveles mínimos de producción* de las especies agrícolas declaradas de alto interés nacional, el artículo 4º de la Resolucion 90 de abril 1o. de 1976 habla de "niveles mínimos de producción que el Ministerio de Agricultura hubiere fijado para los tres años anteriores, y éstos obviamente tenían que referirse a los tres años anteriores, al año en que se hubiere adoptado el respectivo proyecto de parcelación que afectare tierras explotadas a fin de determinar si tal explotación era o no eficiente o adecuada.

En relación con el Departamento de Bolívar, en donde se encuentran las áreas relativas al plan de parcelacion adoptado pro la resolución acusada (la 061 de 1976), fijó el Ministerio de Agricultura dichos niveles mínimos, durante los años de 1973, 1974 y 1975?

Aquí también la respuesta será negativa, porque al proceso se allegó copia de la sentencia proferida por esta Corporación con fecha 15 de diciembre de 1977 (Exp. No. 2028) (cuya autenticidad se comprobó en diligencia de inspección judicial, fl. 157) por la cual se declaró la nulidad de la Resolución No. 23 de enero 31 de 1975, originaria del Ministerio de Agricultura que determinaba mínimos de productividad para los años de 1973 y 1974 (fls. 8 a 11), así como de la sentencia de 13 de octubre de 1977 (cuya autenticidad también se comprobó en la misma inspección judicial citada, fl. 157) por la cual se declaró la nulidad de la Resolución No. 072 de marzo 9 de 1976, del Ministerio de Agricultura por la cual se determinaron los niveles mínimos de productividad para el año de 1975 (fls. 12 a 15).

No cabe duda que tales Resoluciones anuladas eran las aplicables a los predios comprendidos en las áreas a que se refiere la Resolución acusada (la 061 de 1976) si se tiene en cuenta que previamente a la Resolución 061 de 1976 la Junta Directiva del Incora había dictado la Resolución 85 de 1975 por la cual se adoptó un "Programa de Parcelación en los municipios de Arjona, Mahates, María la Baja, Santa Catalina, San Estanislao, Santa Rosa y Turbana" (es decir, igual al que se refiere la Resolucion 61)., Esta Resolucion, recuérdese, fue suspendida provisionalmente por el consejo de Estado (auto

de abril 27 de 1976, Exp. No. 1956, fls. 16 a 18) porque no se acreditó que el Ministerio de Agriculturta hubiera expedido previamente a su expedición las Resoluciones de carácter general previstas por el ordinal 4° del artículo 58 de la ley 135 de 1961.

Posteriormente, la Junta Directiva del Incora revocó la Resolución 85 de 1975 (ver Acta No. 458 de la Junta Directiva del Instituto, fls. 1667 a 171), y como el Ministerio de Agricultura había proferido las resoluciones 23 de enero 31 de 1975, 072 de marzo 9 de 1976 y 90 de abirl 1o. del mismo año, dictó entonces la acusada en este proceso (es decir la 61 de 28 de abril de 1976, adoptando el mismo "Programa de Parcelación".

Pero, como sucede que la 23 de 1975 y la 72 de 1976 fueron anuladas por esta Corporación el 13 de octubre y el 15 de diciembre de 1977 (fls, 8 a 11 y 12 a 15) y la 90 de igual año supone la existencia de resoluciones que hubieren fijado mínimos de producción para los tres años anteriores, es claro que no existe basamento jurídico que sustente a la dicha Resolución 061 de 1976 que, se repite, adoptó el mismo programa de parcelación de la 85 de 1975 y autorizó al Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para adquirir tierras en los municipios comprendidos en dicho programa.

9. La colaboradora fiscal de la Sala, según se relató, discute la censura del demandante sobre el hecho de haberse colocado dentro de los considerandos de la Resolución 61 de 1976 un acto dispositivo (como lo es el expresar que "si en desarrollo del programa se hiciere necesario adquirir predios ADECUADAMENTE EXPLOTADQS, cuyos propietarios se negaren a vender, deberá procederse a su expropiación..."), ya que, con sus palabras, "de las consideraciones del acto acusado, no se puede deducir la orden específica de expropiar unas tierras de propiedad privada, como lo entiende el demandante, pues la parte resolutiva de la resolución 061 sólamente se limitó a adoptar un programa de parcelación en beneficio de los campesinos pobres de los municipios allí mencionados".

No comparte la Sala esta apreciación de la vista fiscal, porque:

a) No es exacto que la Resolución se hubiera limitado a lo que ella señala, puesto que el artículo 2°, en correspondencia con el título que lleva dicho acto administrativo, dispone "Autorizar al Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para delegar en el Gerente Regional del Proyecto BOLIVAR, la facultad de dictar las Resoluciones por medio de las cuales se *inician* las diligencias administrativas de adquisición de los predios necesarios para la ejecución del presente programa, diligencias que se adelantarán a

través de las correspondientes Unidades Operativas o Directivas del Instituto" (subraya la Sala).

b) El "Programa de Parcelación" a que se refiere la Resolución cuya nulidad se demanda, comprende terrenos de propiedad privada cuya adquisición sería necesaria, como se deduce del estudio hecho por el Incora y que le sirvió de fundamento para elaborar el "Programa", estudio que obra en el anexo 1o. del expediente correspondiente al proceso que ahora debe decidir la Sala.

c) En virtud de la Resolución 61 de 1976 los propietarios de fundos adecuadamente explotados ubicados en los municipios señalados en el "Programa de Parcelación" adoptado podrían ser expropiados en cualquier momento y como para el efecto se funda en el numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961, es evidente que faltando la resolución o resoluciones del Ministerio de Agricultura que señalen los mínimos de productividad, el acto general que afecte fundos adecuadamente explotados es ostensiblemente violatorio de dicha norma y del artículo 26 de la Constitución Nacional.

En un caso semejante al presente (Exp.- No. 1968 –INCORA. Actor: Manuel Pachón Muñoz) esta Corporación dijo en auto de 30 de marzo de 1976, lo siguiente: "Ciertamente aquí no se trata de la afectación de ningún predio rural en particular, para ser expropiado si su propietario no accede a venderlo voluntariamente, y desde este punto de vista este caso no es exactamente igual al que resolvió la Sala el 27 de febrero último cuya doctrina invoca el actor para sustentar la solicitud de suspensión provisional., Pero ello no quiere decir que dicha doctrina o tesis no sirva ahora, al contrario, es pertiente. En efecto, se trata de la misma norma, o sea el numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961 pero aplicada con carácter general para abrir los procesos administrativos que conduzcan a la adquisición de predios adecuadamente explotados dentro de los Municipios de Ambalema, Armero y Lérida en el Departamento del Tolima, a partir del 4 de febrero del año en curso. Obsérvese que el artículo segundo autoriza, sin mas requisitos, al Gerente General del Instituto para delegar en el Gerente Regional del Proyecto Tolima, la facultad de dictar las resoluciones por medio de las cuales se inician las diligencias administrativas de adquisición de los predios necesarios para la ejecución del presente programa. O en otros términos, los propietarios de fundos adecuadamente explotados ubicados en esos municipios pueden ser expropiados en cualquier momento sin contar con medios de defensa para que no prospere el procedimiento administrativo y se llegue a la Resolución de expropiación, que es lo que ha sostenido esta Corporación en cuanto se trate de la afectación de predios adecuadamente explotados con fundamento en este precepto legal, sin que el Ministerio de Agricultura haya expedido previamente la Resolución o Resoluciones de carácter general que la norma preve. Resolución o Resoluciones

que en el caso de autos y hasta la fecha de la expedición del acto impugnado, 4 de febrero de 1976, el Ministerio no había expedido desde luego que ni se trajeron al proceso ni se mencionan en los considerandos. En consecuencia, si los actos de carácter particular de afectación de tierras adecuadamente explotadas para ser expropiados (sic) con fundamento en esta norma, son ostensiblemente violatorios de ella, y del artículo 26 de la Constitución Nacional, igualmente lo son los de carácter general de la misma especie, en cuanto afecten fundos adecuadamente explotados. Sobre este punto, el Consejo ha dicho que la invocación de este precepto en los actos que ordenan iniciar procedimientos de expropiación, llevan la presunción de que se trata de predios adecuadamente explotados, por cuanto el propio artículo principia así: "podrán expropiarse tierras adecuadamente explotadas...".

"No sobra agregar, que el numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961 (artículo 23 Ley 4a. de 1973), consagra una excepción a las facultades de expropiación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria respecto de los predios que estén dedicados eficientemente a programas de producción de alto interés nacional, o lo que es lo mismo, tal excepción, respecto de estos predios, equivale a una condición suspensiva a la facultad de expropiación mientras el Ministerio de Agricultura no dicte la Resolución o Resoluciones de carácter general allí previstas, mientras tanto esa facultad de expropiación, de esos predios, se repite, no puede ser ejercitada legalmente. Otra cosa es la excepción que pueden proponer los propietarios, ya expedidas aquellas resoluciones por el Ministerio de Agricultura, para oponerse a la expropiación. Tal excepción consiste, como es obvio, en la demostración de que el respectivo fundo está dedicado eficientemente a programas de producción de alto interés nacional; tal como lo prevean aquellas Resoluciones. Si no lo demuestra vendrá la expropiación si fuere el caso". (El extracto citado se toma de la referencia hecha a él en providencia de la Sala de abril 27 de 1976 por la cual se suspendió provisionalmente la Resolución 85 de 1975 y aparece a los folios 16 a 18).

10. Cuando el actor dentro del presente proceso, solicitó en uno anterior la declaratoria de nulidad de la misma Resolución 61 de 1976 y pidió su suspensión provisional, alegó la violación del artículo 99 de la Ley 167 de 1941 que prohibe a la administración reproducir un acto anulado o suspendido, porque dijo que dicha resolución era sustancialmente una reproducción de la 85 de 1975, que, como se recuerda, había sido suspendida provisionalmente por el Consejo de Estado.

La Corporación negó la suspensión pedida, de la Resolución 61, con la siguiente consideración: "(La Resolución 85 del 9 de julio de 1975) fue demandada y al mismo tiempo se solicitó la suspensión provisional de ella, suspensión que prosperó según auto de la Sala de decisión de fecha 27 de abril de 1976. La

suspensión se decretó con fundamento en que el Ministerio de Agricultura no había expedido previamente la Resolución o Resoluciones de carácter general que prevé el numeral 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961, o sea las que determinan los productos de alto interés nacional y los niveles de productividad para determinar la eficieencia de la explotación.

"Así las cosas, la Junta Directiva del Instituto de la Reforma Agraria, aceptando la tesis del Consejo de Estado, expidió la Resolución No. 56 de 28 de abril de 1976 por medio de la cual revocó la Resolución No. 085 de 9 de julio de 1975. Hecho esto y habiendo expedido el Ministerio de Agricultura la Resolución 090 de 1o. de abril de 1976 que "determinó los productos de alto interés nacional y las especiales condiciones de eficiencia, para los efectos previstos en el literal 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961" (folio 43), la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria por medio de la Resolución No. 061 de 28 de abril de 1976 resolvió adoptar el mismo programa de parcelación adoptado por la Resolución No. 085,

"Pues bien, dice el artículo 99 del C.C.A. "Ningún acto administrativo anulado o suspendido por los Tribunales o por el Consejo de Estado podrá ser reproducido por la Corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, *a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión*" y el artículo 100 dice que deberán suspender provisionalmente los efectos de todo acto administrativo proferido con violación de los anteriores preceptos ( se subraya).

"No cabe la menor duda de que (sic) el artículo 99 transcrito no es aplicable al caso de autos por la obvia razón de que con posterioridad al auto que suspendió la Resolución 085, el Ministerio de Agricultura profirió precisamente el acto por cuya inexistencia se había decretado aquella suspensión, o en otras palabras, que desaparecieron los fundamentos legales de la suspensión de la Resolución 085" (fls. 4 a 6).

Por lo anterior, entonces, la Sala confirmó el auto suplicado que había negado la suspensión provisional de la Resolución 61 de 1976. Como se explicó atrás, el actor desistió de su demanda, y, por consiguiente, no se llegó a fallar en el fondo sin que ese desistimiento pueda alegarse como excepción de cosa juzgada (No. de este Capítulo II. Consideraciones), pero como también se dijo (No. 8 *ibídem*), en realidad de la resolución 090 del 1o. de abril de 1976, del Ministerio de Agricultura, no puede ser el único, que se hubieren fijado los niveles de productividad durante los tres años anteriores para las tierras de propiedad privada que se pretenden afectar con este último acto administrativo y esa fijación no

existe, dada la nulidad declarada por esta misma Corporación de las Resoluciones 23 de 1975 y 72 de 1976).

11. En varias oportunidades el Consejo de Estado ha dicho que se produce el decaimiento de un acto administrativo cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento desaparecen, por alguna razón, del escenario jurídico. (ver, por ejemplo sentencia de marzo 3 de 1980, Exp. 3498, Anales 1er. Trimestre 1980, págs. 62 y ss; y sentencia de septiembre 12, 1987, Exp. 330, aún no publicada).

En derecho positivo la doctrina encontraba su fundamento en el ordinal 2º del artículo 66 del C.C.A., a cuyas voces: "Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anuladas o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos... 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho"..

Se habla en pasado porque el artículo 9º del Decreto 2304 de 1989, que subrogó el citado artículo 66, quedó sin un ordinal como el que se transcribió y, entonces surgiría la duda sobre si la supresión significa que la llamada teoría del "decaimiento" dejó de tener valor.

Para la Sala es claro que si la teoría se entendiera en el sentido de negar valor a un acto administrativo por el sólo hecho de haber desaparedico el o los fundamentos de hecho o de derecho en que se sustentaba, ella no hubiera sido admisible ni antes de la vigencia del Decreto 2304 de 1989 ni después de ella, por la sencilla razón de que el acto administrativo formalmente válido, es decir, el expedido por la administración mediante el procedimiento prescrito por la ley, goza como tantas veces ha dicho la Corporación, de una presuncion de legalidad y veracidad que sólo puede destruir el juez de la causa, cuando encuentre que tiene algún vicio por razón del órgano que lo produjo, por la materia sobre la que verse o por el procedimiento que se siguió para producirlo, en lo que coincide con los tres requisitos esenciales que debe reunir una norma jurídica positiva para ser tal, a saber 1. La legitimidad del órgano, 2. La competencia *ratione materiae*; y 3. La legitimidad del procedimiento.

Por lo anterior es por lo que la Corte Suprema de Justicia ha dicho con verdad que las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno son obligatorios para los particulares mientras el Consejo de Estado no declare su ilegalidad, lo que puede hacer por vía directa o en aplicación de la excepción de ilegalidad, semejante a la de inconstitucionalidad. (ver por ejemplo, sentencia del 21 de

noviembre de 1977 de la Sala de Casación Laboral, G.J. Tomo 155, págs. 1030 y ss).

Además, debe observarse que una cosa es que un acto administrativo carezca de fuerza ejecutoria y otra distinta que deje de existir aun cuando la pérdida de aquella ocurra precisamente por dejar de existir; por la misma razón de ser distinta la causa del efecto.

Las consideraciones anteriores son las que explican, entonces, la razón del cambio que ocurrió en el artículo 66 del C.C.A. con ocasión de su subrogación por el artículo 9° del Decreto Ley 2304 de 1989. No es, entonces, que por haberse suprimido el ordinal 2° pueda decirse que un acto administrativo del cual hubieren desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho no pueda ser anulado o suspendido por el juez de lo contencioso administrativo sino que lo que significa es que mientras tales suspensión o anulación no se produzcan el acto debe ser aplicado, es decir obedecido, por los particulares y por la misma administración.

Así entendida la norma, cuando el juez del acto encuentre que los fundamentos de derecho de éste han desaparecido, debe declararlo nulo porque sería absurdo considerar válido lo que la ley considera inválido pues a esto equivaldrá la desaparicion de la norma que lo fundamentaba. En este sentido y con este efecto es como debe entenderse correctamente la denominada, impropiamente, teoría del decaimiento. Naturalmente que lo anterior puede predicarse de los actos de carácter general y de los de carácter particular, en cuanto no se refieran a situaciones concretas pues de estas no podría predicarse decaimiento, en el sentido expuesto.

Por lo anterior se tiene, como atrás se dijo, que si de acuerdo con el ordinal 4° del artículo 58 de la Ley 135 de 1961 (art. 23 de la Ley 4a. de 1973) el Incora podía expropiar tierras adecuadamente explotadas para adelantar programas de parcelaciones en regiones donde existiera considerable número de campesinos sin tierra y en circunstancias económicas precarias, "siempre y cuando no se trate de predios que estén dedicados eficientemente a programas de produccion de alto interés nacional", para cuyo efecto el Ministerio de Agricultura, por medio de resoluciones de orden general previo concepto del Consejo Asesor de la Política Agropecuaria debía establecer tanto los productos que fueran de alto interés nacional como los niveles de productividad que sirvieran para determinar las condiciones de eficiencia, la desaparición (por anulación) de tales resoluciones, necesariamente implica la nulidad de los actos de carácter general o particular que autoricen la expropiación de tierras adecuadamente explotadas para el desarrollo de tales programas, como ocurrió con la Resolución 85 de 1975 y como debe ocurrir con la 61 de 1976, como quiera que en relación con esta

última, a pesar de la Resolución 90 de 1976 que señaló los productos de alto interés nacional, las Resoluciones que establecían los niveles de productividad dejaron de existir.

12. El actor ha alegado también, en busca de la nulidad de la Resolución 61 de 1976 (y en el fondo aplicando la citada teoría del decaimiento, aun cuando sin mencionarla), la existencia de un cambio de legislacion, en cuya virtud ya no existen tierras de propiedad privada que no puedan ser excluidas de expropiación por estar dedicadas eficientemente a producir especies agrícolas de alto interés nacional en condiciones de eficiencia, pero, en cambio, requiere que se trate de predios que estén incluidos dentro de programas anuales adoptados por la Junta Directiva del Incora, como lo dispone el artículo 24 de la Leey 30 de 1988, por lo cual dicee que "si se aplica la nueva ley, se encontrará que el Incora no ha llenado el requisito que le permite actuar, puesto que aun no ha elaborado el plan que le permite hacerlo".

Al prosperar la declaratoria de nulidad impetrada por las razones anotadas atrás, carece de objeto el estudio de esta argumentación, aun cuando la Sala, por vía de doctrina considera que bien puede darse la nulidad de un acto administrativo, por ilegalidad sobreviniente siempre que los efectos del acto en cuestión estén por surtirse o no hubieren creado situaciones jurídicas concretas. Pero, naturalmente, –y en relación con el caso concreto que estudia ahora la Sala– ello requeriría, entre otras cosas, que se hubiere probado plenamente la inexistencia de un Plan anual relacionado con unas determinadas áreas o regiones.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, en desacuerdo con la Fiscalía Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**Primero**. Declárase no probada la excepción propuesta por la parte demandada.

**Segundo**. Declárase la nulidad de la Resolución 061 del 28 de abril de 1976, "por la cual se adopta un Programa de Parcelación y se autoriza al Gerente General del Instituo Colombiano de la Reforma Agraria, para adquirir tierras en los Municipios de CARTAGENA, ARJONA, MAHATES, MARIA LA BAJA, SANTA CATALINA, SAN ESTANISLAO, SANTA ROSA y TURBANA, Departamento de BOLIVAR", originaria de la Junta Directiva del citado Instituto.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y oportunamente archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de febrero de 1990.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

## DAÑO FUTURO

**No se escapa a la Sala la relatividad del objetivo "cierto" que debe acompañar al daño futuro, pero estima que para los efectos de ser indemnizado debe tomarse como criterio la consideración de ser tal aquel en que sólo falte el transcurso del tiempo para que el daño se produzca y ese transcurso ya no se producirá con respecto a la víctima debido al hecho del responsable.**

## PERJUCIOS MORALES

**El perjuicio moral consiste en la afectación sufrida en bienes no patrimoniales (honor, familiar, afectos) que causa a una persona un acto contrario a derecho, de otros y se traduce no unicamente en dolor y aflicción sino en otros sentimientos no menos dignos de protección (solidaridad, alegría, apoyo mutuo, protección, etc), como tuvo oportunidad de explicarlo la Sala en reciente fallo (sentencia de noviembre 16 de 1989, Exp. 5606).**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., veintitres (23) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5701. Actor: Josefina Rueda Vda de Robles.

Conoce la Sala, por vía de apelación interpuesta por el apoderado judicial de la señora Josefina Rueda viuda de Robles, de la sentencia proferida por el tribunal Administrfativo de Santander el 9 de febrero de 1989, por la cual se acogieron parcialmente las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES:

1. Josefina Rueda viuda de Robles demandó en proceso de reparación directa y cumplimiento a la Nación –Ministerio de Defensa– Policía Nacional (fls. 189 a 199) a fin de que se la declarara responsable de los perjuicios materiales y morales que se le causaron por "la muerte del menor JORGE ELIECER ROBLES RUEDA, ocasionada en el perímetro urbano de Simacota (S) el 10 de diciembre de 1982 por el agente de la Policía Nacional HERACLITO GOMEZ VASQUEZ haciendo uso de su arma de dotación oficial, carabina M-1 número 4717733" y se le condenare al pago de tales perjuicios "en cuantía y condiciones que en este proceso se determinen". (En el capítulo "CUANTIA Y COMPETENCIA" la actora dijo: "... la cuantía sobrepasa la suma de dos millones de pesos, a saber: los perjuicios morales, en el equivalente hasta un mil gramos oro al tiempo de la condena; los materiales, atendida la vida probable del menor, sus ingresos destinados a su madre, y la vida probable de ésta, alcanzan a no menos de $500.000.oo por perjuicios consolidados, y a no menos de $2.000.000.oo por perjuicios materiales por causar").

2. Los hechos, fundamento de la demanda los sintetiza bien el Tribunal *a-quo*, así:

> 1o. El ciudadano HERACLITO GOMEZ VASQUEZ, fue incorporado al servicio de la Policía Nacional mediante Resolución 4545 de septiembre 1o. de 1982 y tomó posesión el 1o. de octubre del mismo año.
>
> 2o. El 10 de diciembre de 1982 el citado Agente de la Policía se encontraba prestando sus servicios en la Sub-Estación de Policía Nacional del Municipio de Simacota y durante buena parte del día se dedicó a ingerir bebidas alcohólicas, a jugar al tejo y a visitar varios establecimientos. Ya en las primeras horas de la noche (7 p.m. aproximadamente), se presentó en estado de embriaguez a la casa tienda de ALVARO ARDILA DURAN, manifestando su inconformidad por la falta de atención de que había sido objeto en el restaurante en donde se alimentaba. Pocos minutos después arribó al mismo lugar el menor Jorge Eliécer Robles Rueda, quien después de saludar preguntó al dueño de la misma qué se le ofrecía, pues pensaba viajar a Bucaramanga. Acto seguido el uniformado se dirigió al recién llegado increpándole que algo le debía y sin más explicaciones le apuntó con la carabina que portaba y le disparó ocasionándole grave herida que produjo de inmediato su deceso.
>
> 3o. El 10 de diciembre a la hora de los hechos el Agente Gómez Vásquez lucía su uniforme de Policía y portaba el arma de dotación oficial que le sirvió para disparar al interfecto.

4o. La conducta del Agente Gómez Vásquez ameritó la sanción disciplinaria de separación definitiva de la Institución Policial que se hizo efectiva mediante Resolución 7495 del 28 de diciembre de 1982, expedida en primera instancia por el Comando del Departamento de Policía Santander y confirmada por la Dirección General de la Policía Nacional.

5o. HERACLITO GOMEZ VASQUEZ fue procesado penalmente y sentenciado el 12 de septiembre de 1984 a la pena de 16 años de prisión, como responsable del delito de Homicidio calificado en la persona del menor Jorge Eliécer Robles Rueda, fallo que fue confirmado por el Tribunal Superior de San Gil el 23 de noviembre del mismo año.

6o. En el momento de su muerte el menor se desempeñaba como obrero en oficios varios proveyendo a su sustento y ayudando al demandante (sic) Josefina Rueda viuda de Robles.

7o. JOSEFINA RUEDA VIUDA DE ROBLES, afirma la demanda, es la abuela de la víctima por línea materna, pero levantó al occiso como si fuera su propio hijo, al punto que lo inscribió en el competente registro como tal.

8o. La muerte del menor ocasionó a la demandante severos perjuicios según la demanda, de orden material en cuanto se vió privada de la permanente ayuda económica que le reportaba el menor con su trabajo y de orden moral por los lazos de afecto que les unía, lo cual causó el natural dolor acrecentado por la forma en que fue ultimado, sin justificación de ninguna naturaleza.

9o. Según la demanda, el menor aportaba a la actora aproximadamente tres mil pesos semanales para el sustento de la misma (fls. 474 a 476, C. I).

3. El proceso culminó en su primera instancia con la sentencia apelada en la cual el Tribunal, luego de declarar responsable a la Nación de los perjuicios derivados de la muerte del menor Jorge Eliécer Robles Rueda, la condena a pagar a favor de la demandante el valor equivalente a 500 gramos oro por concepto de perjuicios morales y niega la solicitud al pago de perjuicios materiales, por estimar que no se comprobó su existencia.

4. En su providencia el Tribunal, con la cita de las pruebas correspondientes, encuentra demostrado (sic) la calidad que ostentaba el señor Heraclito Gómez Vásquez como agente de la Policía Nacional; la muerte del menor Jorge Eliécer Robles Rueda a consecuencia del disparo que le propinó con su arma de dotación oficial el citado agente de la Policía; el trato de hijo que la demandante daba a la víctima y la vida de hogar que con ella llevaba, por lo cual su muerte implicó para aquella un profundo dolor. Lo anterior lleva al Tribunal a considerar estructurados los elementos que, dice, extructuran "la

responsabilidad extracontractual del Estado por actos o hechos de la administración", a saber "1. el hecho causante del daño derivado de una falla en el servicio de la administración, 2. El daño propiamente dicho. 3. La relación o nexo de causalidad entre el hecho y el daño".

En relación con el perjuicio material alegado por la demandante dice el *a-quo*: "De conformidad con las declaraciones allegadas al proceso se puede colegir que el citado menor no tenía una ocupación fija ni devengaba un salario estable. Esporádicamente era ocupado por varias personas fundamentalmente en el oficio de hacer mandados y aunque el testigo Luis José Jiménez Chaparro manifiesta haber utilizado sus servicios como bulteador, oficio que desempeñó bien y que por eso hasta llegó a pagarle jornal completo, tales declaraciones no hacen claridad sobre si efectivamente suministraba ayuda económica a la demandante, pues hablan de que le ayudaba, sin precisar en que consistía esa ayuda. Por lo demás si la ocupación laboral de Jorge Eliécer era tan accidental o transitoria, es fácil concluir que realmente nunca prestó en forma permanente una ayuda económica, pues lo exigüo de sus emolumentos escasamente le alcanzarian para sus necesidades" (fl. 483).

Y en cuanto al perjuicio moral dice que en la demanda se afirma que la actora es la abuela de la víctima pero que "Tal hecho se encuentra carente de prueba porque si bien se allegó el registro civil de matrimonio de (aquélla) con el señor GUMERCINDO ROBLES GOMEZ no se trajo el registro civil en que conste cuál es la verdadera madre del menor". Sin embargo, estima que como la demandante alega haber dado al occiso JORGE ELIECER el trato de hijo "por haberlo criado y educado como tal" y ello está probado con varios testimonios recibidos "es indudable que entre la demandante y el menor muerto existió un vínculo afectivo y que su deceso le causó un sentimiento de dolor que necesariamente derivó en perjuicio de orden moral subjetivo..." (art. 484).

5. La actora, inconforme con la cuantía señalada a los perjuicios morales y con la negativa al pago de los materiales interpuso recurso de apelación el cual fundamenta así:

> a) El menor Jorge Eliécer Robles Rueda fue acogido desde temprana edad por su abuela (la actora) quien le proporcionó un hogar y los cuidados consiguientes, considerándose como su madre verdadera, por razón del afecto y por ello, en el registro de nacimiento que tiene fecha del 3 de abril de 1981, aparece su nombre como padre del nacido (el 22 de julio de 1967), sin que pueda decirse que con ello se pretendió algo indebido pues dicho registro se efectuó años antes de la muerte del menor ocurrida por la acción del agente de la administración.

b) La actora "no preordenó ni simuló para el proceso un estado civil" sino que ha reclamado como si fuera la verdadera madre aun cuando "ante la naturaleza no tuvo esa condición", pero sí la de perjudicada pues sufrió el dolor, la privación del ser querido, la privación del soporte moral y de la ayuda económica que le significa la persona fallecida.

c) Con la aducción al proceso del certificado del registro civil de nacimiento del menor (fl. 4) no se tuvo una intención maliciosa o defraudadora de intereses del Estado o de terceros, porque las pruebas allegadas demuestran que si sufrió los perjuicios reclamados.

d) Por lo demás no se propuso idóneamente la tacha de falsedad del documento y lo que podría haber sería "una suposición del estado civil" (fl. 491).

e) Cuando se acredita el parentesco la doctrina y la jurisprudencia presumen el perjuicio moral subjetivo, el cual ante la imposibilidad de ser cuantificado se deja a la valoración razonable del juez, partiendo del mínimo de un gramo al máximo de 1.000 gramos oro, reconociéndose el máximo a los progenitores, a los hijos y a los cónyuges "porque se presume que en esa relación familiar existe la plenitud del dolor, el sufrimiento máximo y por consiguiente también, el mayor perjuicio subjetivo. Efectúandose a partir de tales topes una reducción gradual.

f) Pero ese reconocimiento al dolor sufrido no es simplemente resultado de un documento que muestra un parentesco sino que "tras ello hay un sustrato sociológico, al que el legislador le ha brindado toda una escala de protecciones, en el régimen de prestaciones alimentarias, de seguridad social, etc. y al que la jurisprudencia hace reconocimiento en el campo extracontractual". Ese sustrato sociológico consiste en los lazos de afecto que ligan a los padres, hijos y hermanos "independientemente de las formalidades documentales implantadas por el Estado para organizar las relaciones de familia y por ello se presume el dolor cuando se puede probar formalmente el parentesco. Pero cuando no sucede así, pero en igualdad de circunstancias, con exacto contenido sociológico, ocurre el daño, no hay razón para negar que él se produjo en el mismo grado e intensidad en quien hacia las veces de madre de una persona que fallece, como es el caso de la actora quien sintió a la víctima como a un verdadero hijo a quien tuvo "a su lado desde su temprana orfandad" y que "de abuela se tuvo que convertir por la fuerza de los hechos y del afecto en su madre".

Por lo anterior, considera el recurrente que debe reconocerse a la actora el máximo de los perjuicios morales presumidos para la madre verdadera.

g) Enseguida, critica la recurrente, a través de su apoderado judicial, que en *a-quo* no condene al pago de perjuicios materiales pues considera que no

obstante que los ingresos de la víctima eran precarios y variables, según la prueba recogida es evidente que la víctima desempeñaba ocasionales tareas con cuyo producido contribuía a sus propias necesidades y procuraba alivió a las de la actora. Sobre este particular dice:

"Si la víctima era efectiva o potencialmente productiva, así en el momento mismo de la muerte no estuviera devengando un ingreso estable, la privación de su vida o de su salud genera a los legitimados para reclamar un daño cierto cuantificable, sobre unos parámetros liquidatorios que posiblemente resulten más complejos que en los casos en que el ingreso de la víctima sea fijo, invariable y constante en un determinado ciclo económico, pero no por ello de imposible reconocimiento y determinación.

"No se trata de simples espectativas. No de que la víctima quizá en el futuro se hiciera millonario (sic) o alcanzara altos, mediados o bajos ingresos. La misma prueba que el Tribunal reseña evidencia que ganaba algunos ingresos, algunos más constantes que otros. Es cierto que el resultado final de la testimonial no alcanzó el esplendor esperado, pero se rescata de ello (sic) una conclusión incontrovertible" (fl. 495).

Termina expresando que para cuantificar "ingresos variables, de fuente relativamente incierta, de difícil aprehensión y conocimiento" así como para determinar el monto que la víctima destina a su familia, la jurisprudencia ha trazado presunciones que "auxilian al Juez en su labor. Para lo primero, establecida la productividad, la regla del salario mínimo legal, como presunción de mínimo de rendimiento económico. Para lo segundo, asumir que la víctima destinada no menos del 25% de su propia subsistencia y el resto del ingreso a sus causahabientes o reclamantes, según el caso" (fl. 496).

6. En su alegato de conclusión durante la segunda instancia (fls. 503 a 513), la misma parte actora luego de examinar la falla del servicio como elemento de la responsabilidad de la administración y de mostrarse de acuerdo con lo decidido en la sentencia, recaba en que el agente del daño se encontraba en servicio activo cuando lo infirió y además lo causó con arma de dotación oficial para lo cual hace un somero análisis de las pruebas recogidas, vuelve a tratar el aspecto relativo a la legitimación activa, para decir que la propia demandante manifestó ante las autoridades penales que investigaron la muerte del menor Robles Rueda que éste era su nieto y no a su hijo, que la prueba testimonial aportada dejó en claro la misma circunstancia, que en las pretensiones de la demanda no se dice que reclama como pariente y que en los hechos de la misma tampoco dijo ser la madre sino que "lo había levantado como hijo en su propio hogar" (hecho 10) y que en otros (9, 11 y 14) sólo invocó perjuicios por la muerte del menor, y agrega: "Es decir, para los efectos señalados en el art. 86 del C.C.A., la actora acreditó que tenía un *interés*

derivado de la *muerte de JORGE ELIECER*, la atribuyó a un *hecho administrativo*, para ejercer el contencioso especial de reparación directa, y dirigirlo dentro de la técnica propia de la pretensión, contra la Nación" (subrayas dentro del texto).

Al discurrir sobre el concepto de interés, hace hincapié en que él se deriva del hecho, de haber actuado como madre de la víctima, por lo cual tenía la calidad de perjudicada e insiste en que debe reconocérsele el máximo de indemnización señalado por la jurisprudencia para el caso de los perjuicios morales subjetivos y en cuanto a los materiales repite los argumentos ya dados para justificar su procedencia.

7. Por su parte, la entidad demandada, por intermedio de su apoderado judicial, en su libelo de conclusión (fls. 514 a 520) sostiene que la actora "acudió al proceso en su calidad de ABUELA MATERNA condición que no fue probada en este proceso" y para sustentar su acerto cita que a la demanda se acompaño la diligencia de reconocimiento en la cual bajo la gravedad del juramento afirma que era su nieto (fl. 50) que también figura otra diligencia de reconocimiento de lamisma acta en donde el hijo de la actora afirma que el occiso era hijo de Zoila Robles y padre desconocido y que la mamá del declarante "lo legitimó y quedó legitimado como hermano". (fl. 51), que en los mismos nexos figura el registro civil de defunción en donde se indican como padres a Gumercindo y Josefina Rueda (fl. 2), como igualmente sucede con el registro civil de nacimiento (fl. 4) y expresa: "si la actora hubiera acudido al proceso en calidad de madre legítima del occiso los documentos aportados serían suficientes para acreditar su condición, pero como acudió en calidad de ABUELA MATERNA –no otra cosa se deduce del texto de la demanda– ha debido probar con los registros civiles de nacimiento tanto de la hija como del nieto, en la forma dispuesta por el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, su calidad de abuela". Para terminar, la memorialista solicita "se revoque el fallo del 9 de febrero de 1989 proferido por el Tribunal Administrativo del Huila (sic) y en su lugar absolver a la Nación por ausencia de legitimación en la causa por activa".

8. El señor Fiscal Octavo de esta Coporación en su vista de fondo (fls 522 a525) pide se confirme la providencia apelada pero modificándola en el sentido de aumentar el valor de los perjuicios materiales en abstacto pues, en su concpeto, la prueba testimonial muestra que entre la demandante y el occiso existió un vínculo afectivo que dió lugar a que su muerte le ocasionará un dolor profundo y los mismos declarantes "afirman que el menor Jorge Eliécer Robles, no tenía un trabajo fijo, desempañaba diferentes labores, como mandadero, ayudante de construcción entre otras, y ese dinero que recibia por esas actividades era para

ayudar al sostenimiento de la actora, prueba suficiente para demostrar la ayuda económica que aportaba el occiso...".

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. En el *sub-lite*, según se vió, la entidad demandada ha alegado que existe falta de legitimación en la causa por activa porque en su demanda alegó ser la madre de quien falleció como consecuencia de una falla del servicio de la administración y de los documentos anexados a la demanda, para que se tuvieran como prueba y de otras piezas procesales, resultó que no era tal sino su abuela materna, calidad que no demostró en la forma prescrita por la ley.

Sin embargo, para la Sala, la realidad es otra:

En primer lugar, en el petitum se habla simplemente de declarar a la Nación Ministerio de Defensa, responsable de los perjuicios derivados de la muerte del menor Robles Rueda ocasionada por un agente de la Policía Nacional, los cuales deberán ser pagados por la actora, sin que se diga que ellos los sufrió debido a cualquier parentesco que tuviere con el occiso.

En la causa petendi en el hecho 9o. se lee que el menor trabajaba como obrero en oficios varios "proveyendo a su propio sustento y ayudando al de la demandante JOSEFINA RUEDA VDA DE ROBLES"; en el 10. se expresó que la actora es abuela del fallecido pero que "lo levantó como hijo en su propio hogar y como tal lo inscribió en el competente registro civil, siendo para todos los efectos legales, la del menor" y en el hecho 11. se expuso: "La muerte del menor ocasionó (a la actora) severos perjuicios, no solo materiales, en cuanto se vio privada de la permanente ayuda económica que le reportaba el trabajo del menor, sino también morales, por los lazos de afecto que les (sic) unían en una relación parental madre-hijo, acrecentado dicho dolor por las aleves condiciones en que fue victimado y la absoluta falta de justificación o siquiera de explicación atendible a dicha muerte".

Una lectura desprevenida de lo que antecede muestra que la demandante no pretendió derivar los perjuicios que alegó sufrir del parentesco que pudiera ligarla con el menor sino del dolor que le ocasionó su muerte –los morales– debido a haberlo "levantado" como a un hijo y a que éste le ayudaba económicamente –los materiales. El parentesco de abuela y el haberlo inscrito como hijo, se mencionan como elementos circunstanciales pero no como razón justificativa de los perjuicios reclamados que, por el contrario, se explican en razón del hecho del *trato* de madre-hijo que entre ellos existía, "trato" que se demostró con el dicho de los varios testigos que cita el fallo del Tribunal *a-quo*, que por ser

contestes e indicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre los hechos depuestos, merecen credibilidad al juzgador.

2. El perjuicio moral consiste en la afectación sufrida en bienes no patrimonicales (honor, familiar, afectos) que causa a una persona un acto contrario a derecho, de otros y se traduce no únicamente en dolor y aflición sino en otros sentimientos no menos dignos de protección (solidaridad, alegría, apoyo mutuo, protección, etc), como tuvo oportunidad de explicarlo la Sala en reciente fallo (sentencia de noviembre 16 de 1989, Exp. No. 5606).

Doctrina y Jurisprudencia *han presumido* que ese perjuicio lo sufren los padres y los hijos, y los hermanos menores, así como los mayores cuando conviven bajo el mismo techo, pero se trata de una simple presunción de hombre que viene indicada por la naturaleza de los hechos pero esta especie de daño puede presentarse en otros casos cuando las pruebas aportadas al proceso demuestren que se han afectado esos bienes no patrimoniales, en cuyo caso no se tratará ya de aplicar una presunción derivada de un parentesco –que tendrá que aprobarse con documento público– sino de una realidad tangible –que admite otra clase de prueba.

Los testimonios de José Jiménez Chaparro (fls. 290 a 291 vto), José de Jesús Quiroga Ortíz (fls. 291 vto. y 292) y Hernán Obregón Santos (fl. 292 vto) que por las razones anotadas merecen credibilidad, demuestran en forma suficiente las relaciones afectivas y de mutuo apoyo y solidaridad que reinaban entre la víctima y quien sufrió dolor por los hechos luctuosos de que fue autor el agente de la administración.

Y como la realidad es que entre la víctima y la actora existian lazos de afecto equivalentes en la realidad a los de madre e hijo, como que lo recibió en su hogar desde pequeño, cuando perdió a su madre, a quien materialmente reemplazó, la Sala estima, en su arbitrio, que se justifica que se le reconozca una indemnización igual a la que ésta hubiere recibido por razón de la presunción de que arriba se hizo mención. En este sentido se proveerá en la parte resolutiva.

3. Cuando se trata de perjuicios materiales en general, para poder pronunciar una sentencia sobre ellos, es necesario que al momento de fallar, de las pruebas que obtren en el proceso pueda deducirse fácilmente su certeza, es decir que efectivamente se causaron o, si se tratare de daños futuros, que los ingresos u otros beneficios en que consistan, dejarán de percibirse como consecuencia necesaria de los hechos que dieron lugar a ellos. Por esto la jurisprudencia ha dicho que la indemnización debe negarse cuando el perjuicio de la víctima sea eventual (ver por ejemplo, sentencias de la extinguida Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de

junio 17 de 1988, Gaceta Judicial, Tomo XLVI, No. 1938, Gaceta Judicial, Tomo XLVI, No. 1935, pág. 677; de la Sala de Casación Civil de aquella corporación de junio 20 de 1941, Gaceta Judicial, Tomo LI, No. 1970, pág. 292; del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, de junio 24 de 1965, Anales, Tomo LXIX, pág. 441; de 1975, Anales Segundo Semestre de 1975, pág. 443).

"El daño futuro es un daño jurídicamente relevante en cuanto revista los caracteres de certidumbre, por lo que puede parificarse al daño presente en cuanto pueda aparecer como un daño cierto, ya que la simple posibilidad o eventualidad, no bastan a la hora de exigir su responsabilidad" dice el Tratadista Adriano de Cupis (El Daño, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 322).

"El daño futuro es cierto y, por lo mismo indemnizable, cuando necesariamente ha de realizarse, sea porque concista en la prolongación de un estado de cosas existentes –tal es el daño ocasionado a una persona por la muerte de otra que la priva de la pensión alimenticia o de los recursos que le daba para subvenir a sus necesidades, una incapacidad permanente que disminuirá para siempre la capacidad de trabajo de la víctima– o porqque se han realizado determinadas circunstancias que lo hacen inevitable, como la destrucción de una cosecha en vía de madurar", escribía Arturo Alessandri Rodríguez (De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, Ed. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1981, No. 110).

Y el notable tratadista uruguayo Jorge Peirano Facio (Responsabilidad Extracontractual, Ed. Temis, Bogotá, 1981, págs. 366 y 367) explica que el daño futuro es aquel "cuyas consecuencias perjudiciales todavía no se han iniciado al tiempo de entablarse la demanda de responsabilidad, aun cuando su existencia sea desde ya cierta", por oposición al eventual que equivale "al daño que no es cierto, o sea el daño meramente fundado en suposicions o conjeturas".

No se escapa a la Sala la relatividad del objetivo "cierto" que debe acompañar al daño futuro, pero estima que para los efectos de ser indemnizado debe tomarse como criterio la consideración de ser tal aquel en que sólo falte el transcurso del tiempo para que el daño se produzca y ese transcurso ya no se producirá con respecto a la víctima debido al hecho del responsable.

En el caso de autos, en relación con los perjuicios materiales que se dice sufrió la actora con la muerte del menor Robles rueda apenas consta que éste no tenía una fuente de ingresos distinta de trabajos eventuales que realizaba y con los cuales aparentemente ayudaba a quien para él era su madre, ("... trabajaba hacia mandados era un buen muchacho" testimonió Hernán Obregón Santos, fl. 291 vto; "El pelao se ocupaba en lo que lo buscaba era muy servicial activo, y hacia las cosas bien hechas yo ya le pagaba el jornal y el día que lo

mataron ese día estaba trabajando conmigo y le pagaba el jornal completo" y más adelante "como yo tenía ayudante entonces cuando necesitaba un obrero más lo buscaba a él y así me ayudaba dos o tres días seguidos ...", depuso Luis José Jiménez Chaparro, fl. 290; y José de Jesús Quiroga Ortíz apenas dijo "trabajaba el muchacho, era muy servicial cualquier favor que le pidieran lo hacía" fl. 291; Diana Janeth Sáenz Carreño, por su parte, al ser preguntada sobre el conocimiento que tuviera de la víctima, durante la investigación penal de los hechos en los que murió el menor, dijo "... lo conocía bien, y no lo había visto ni peliando ni fomentando escándalo, el muchacho lo pasaba por ahí blanquiando casas, y el ayudaba a mi tia Lucila a botar la basura, era un muchacho mandadero y muy servicial...", fl. 11; y Alvaro Ardila Durán, expresó dentro de la misma investigación, refiriéndose a la ocupación y lo que hacía la víctima: "El era obrero, ganadiar ..." (fl. 7 bto). No tenía, pues, la víctima un trabajo más o menos permanente que le produjera ingresos del mismo tipo con los cuales subviniera a sus necesidades y contribuyera a aliviar las de quien haciendo las veces de su madre le dió un hogar estable.

En las condiciones anotadas esos ingresos eran puramente eventuales, ocasionales, transitorios.

El señor apoderado judicial de la actora ha traído a cuento algunas decisiones de esta Corporación en las cuales se ha aceptado tomar el monto del salario mínimo legal como base para evaluar el perjuicio material sufrido por quienes vivían del salario de quien falleció a consecuencia de un hecho de tercero responsable y pide que aquí se aplique el mismo criterio. Pero se examinan las varias jurisprudencias que sobre el particular existen podrá verse que en todos esos casos no existía incertidumbre alguna sobre la regularidad del hecho de estarse recibiendo un salario como consecuencia de un trabajo que se vió interrumpido por la acción o la omisión de ese tercero que en alguna forma faltó de su deber general de no inferir un perjuicio a la persona o propiedad de otro; no había pues incertidumbre, como sí sucede en el sub-lite, acerca de la percepción de una remuneración por un trabajo, sino simplemente se encontraba el juzgador enfrentado al problema de su cuantificación. Pero aquí sucede algo diferente: se trata precisamente de un caso en que el trabajo y su consiguiente remuneración era eventual, es decir no cierto, o en otras palabras, de un caso en que la actora no puede asegurar que el daño necesariamente habría de realizarse, para usar la terminología de Alessandri Rodríguez, o de una simple posibilidad de recibir auxilios, para emplear la de Adriano de Cupis o en fin, de simples suposiciones o conjeturas sobre una ayuda que no se sabe si llegaría o no, para aplicar la concepción del jurista Pierano Facio. No puede decirse que en este preciso evento (el subjudice) se hubieran ya creado unas condiciones de hecho en las cuales sólo faltaba el transcurso del tiempo para que el daño se produjera.

Por lo anterior, se confirmará, en este punto, la decisión del *a- quo.*

4. En cuanto a la responsabilidad de la entidad demandada el no admite duda para la Sala, como quiera que el hecho se cometió por un agente de la Policía Nacional con arma de dotación oficial (fls. 336 y 362). Por esto, el caso podría haberse enfocado por el *a-quo* dentro de la teoría de la falla presunta, con resultado semejante al de la declaratoria de responsabilidad a que llegó el Tribunal a-quo y de que trata el numeral 1° del fallo apelado. (Ver sentencia de esta Sala de 31 de julio de 1989, Exp. 2852 (252), Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez.

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

**FALLA:**

Primero. Se modifica parcialmente el numeral segundo de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de fecha 9 de febrero de 1989, en el proceso de la regerencia en el sentido de aumentar el equivalente de un mil (1000) gramos oro el valor a pagar a la señora Josefina Rueda viuda de Robles por concepto de perjuicios morales, según el precio que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Segundo. Confírmase en lo demás la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de febrero de 1990.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**DEMANDA** - Auto inadmisorio/ **RECURSOS**

**Aun cuando se aceptare por razones de semántica que existe una distinción entre rechazo de la demanda por no reunir los requisitos legales, o por no acompañarse los anexos requeridos por la ley o por no presentación del poder o por insuficiencia, lo cierto es que el efecto cuando ello ocurra es el mismo de la falta de competencia o de jurisdiccióno en el caso de caducidad, salvo la posibilidad que da la misma ley de subsanar los defectos anotados si no ha ocurrido la caducidad o vaya a ocurrir dentro del término en que podrían subsanarse; pero en todos esos eventos, el auto que se dicte se denomina como inadmisorio.**

**La Sala considera que constituye un rigorismo inútil rechazar el recurso de apelación interpuesto como subsidiario del de reposición (contra el auto inadmisorio de la demanda) ya que desconoce el principio general que debe inspirar la interpretación de las normas procesales. (Art. 4° C. De P.C.).**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contenciso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., veintitres (23) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5956. Actor: Serafín Cerón Lasso y otros.

Se decide el recurso de queja interpuesto por los actores contra el auto de Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cauca, de fecha 18 de julio de 1989 por el cual se denegó el recurso de apelación contra el auto proferido por esa misma Sala el 8 de junio del mismo año, que inadmitió la demanda incoada en el asunto de la referencia.

## I. ANTECEDENTES:

1. Los ciudadanos Serafín Cerón Lasso, Rosario Serna de Cerón, Carlos Alberto Cerón Serna, Balmer Cerón Serna, Aimer Cerón Serna y Yolima Cerón Serna mediante demanda presentada ante el Tribunal arriba citado solicitan que se declare que la Nación –Ministerio de Justicia– es responsable de la totalidad de los daños que se le causaron "con el levantamiento de el (sic) COMISO de un vehículo automotor decretado en sentencia ejecutoriada de segunda instancia proferido (sic) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en proceso penal que por la muerte del señor FABIO RAFAEL CERON SERNA se tramitó ante el Juzgado Primero Superior de Popayán" y que en consecuencia se condene a la Nación a pagarles los perjuicios que con ello se les causaron (fls. 35 a 48).

2. En el auto recurrido el a-quo resolvió no admitir la demanda "por falta de (sic) presupuesto procesal "jurisdicción", devolver al interesado los anexos presentados, cancelar la radicación y archivar el expediente y reconocer personería al apoderado judicial designado por los interesados (fls. 52 a 53).

3. En síntesis, fundó el *a-quo* su decisión en que:

a) "Nuestra normatividad no ha consagrado de manera expresa la responsabilidad por razón de la administración de justicia".

b) "Contra las actuaciones jurisdiccionales la ley ha establecido los recursos como medios de impugnación de tales decisiones, los que deben interponerse en la forma y oportunidad señalados por la misma ley".

c) El objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, como lo estatuye el artículo 82 del C.C.A. es el de juzgar controversias "originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas por lo cual es entonces "indispensable para acudir a esta jurisdicción la existencia de un acto expedido en gestión administrativa o de un hecho administrativo que comprometa la responsabilidad de la administración, la que no podrá estructurarse cuando de un error judicial se trata".

d) Con cita de varias providencias de esta Corporación, afirma la providencia que "de manera unánime" ésta ha sostenido que no hay lugar a responsabilidad de la administración por actuaciones jurisdiccionales, por lo cual el *a-quo* "carece de jurisdicción para conocer del proceso".

4. Inconforme con la decisión, los actores interpusieron contra ella recurso de reposición y en subsidio de apelación, para que se revocara y en su lugar se ordenara la admisión de la demanda y formulan eruditas consideraciones para

rebatir la tesis sostenida en la providencia recurrida acerca de la irresponsabilidad estatal en relación con decisiones judiciales.

5. El Tribunal *a-quo* resolvió, en auto del 18 de julio del mismo año (fls. 69 y 70) "No decidir el recurso de reposición por improcedente" y denegar el de apelación "por interposición errónea" y para ello expuso que el auto recurrido inadmitió la demanda por falta de jurisdicción y de acuerdo con el artículo 181 del C.C.A dicho auto era apelable y por ello, según el artículo 180 ibídem, no era susceptible de reposición, como lo dispone el mismo artículo 181.

6. Inconformes también los actores con la decisión precedente dirigieron un escrito al *a-quo* manifestando que interponian recursos de reposición contra ella para que fuera revocada y en su lugar se concediera el "denegado recurso de apelación, oportunamente interpuesto" contra el auto del 8 de junio de 1989 y subsidiariamente solicitaron que se ordenara "la expedición debidamente autenticada de la providencia recurrida y TODA la actuación diligenciada, incluída la demanda" (fls. 72 a 75).

Apoyaron el recurso alegando que el auto de 8 de junio "es un interlocutorio que no se rige por la norma contenida en el art. 181 del Código Contencioso Administrativo, sino por la contenida en art. 143 inciso final (idem)" pues para ellos, "es un auto de RECHAZO IN LIMINE de la demanda y no propiamente auto INADMISORIO de la misma, como equivocadamente lo entendió el Tribunal. Por la sencilla razón de que fue proferido con base en que esta Corporación carece de jurisdicción para conocer del proceso. Es decir, por "FALTA DE JURISDICCION". Enseguida se apoyaron en un "comentario" que aparece en la página 269 de la primera edición de la obra "Código Contencioso Administrativo y Legislación Complementaria", de LEGIS Editores S.A. en donde se distingue entre el rechazo de la demanda y su inadmisión y se dice que cuando hay falta de jurisdicción procede el rechazo y la inadmisión sólo cuando la demanda carece de los requisitos y formalidades legalmente exigidos por lo cual, concluyen "el H. Tribunal no debió proferir un auto INADMISORIO de la demanda, sino un auto de RECHAZO de la misma, ya que ambos autos son completamente diferentes y tienen consecuencias jurídicas completamente distintas", de donde arguyen que "el auto que RECHAZA la demanda, como en éste (sic) caso por falta de jurisdicción es APELABLE, pero en las condiciones de lo dispuesto en el art. 181 penúltimo inciso del C.C.A, (es decir, agrega la Sala, directamente) sino en las condiciones de lo establecido en el último inciso del art. 143 del C.C.A., en relación con lo establecido en el art. 267 del mismo Código, para de ésta (sic) manera, dar aplicación al segundo inciso del art. 352 del C.P.C. que establece: "LA APELACION CONTRA AUTOS PODRA INTERPONERSE DIRECTAMENTE O EN SUBSIDIO DE LA REPOSICION" (s.n.)".

Agregan que "ninguna consecuencia establece el Código Contencioso Administrativo para en el (sic) caso en que interponga de manera subsidiaria el recurso de apelación del auto inadmisorio de la demanda" y que "no puede el rigorismo obstaculizar el pronunciamiento de la justicia ante los graves hechos que se exponen en la demanda que causan perjuicios gravísimos a los actores".

7. El *a-quo*, por auto de 12 de septiembre del citado año (fls. 80 a 82) no accedió a reponer la providencia del 18 de julio que denegó la apelación y ordenó expedir las copias solicitadas, con las cuales los actores interponen el recurso de queja que ahora debe decidirse.

Para el *a-quo*, de la lectura de los artículos 143 y 181 del C.C.A se puede concluir:

1. La inadmisión de la demanda con base en el C.C.A se da cuando la demanda presenta defectos sustanciales o cuando hay caducidad de la acción o falta de competencia o de jurisdicción.

2. El auto de inadmisión lo profiere la Sala Plena cuando el negocio es de primera instancia y es apelable en los términos del artículo 181 del C.C.A.

3. "La existencia de una norma reguladora integramente de la institución impide acudir al C.P. Civil, lo que permite afirmar con certeza que en el presente caso debió observar el apoderado el penúltimo inciso del art. 181 del C.C. Administrativo...".

Los actores, sustentan el recurso de queja volviendo sobre la distinción entre auto de rechazo *in limite* de la demanda y el de inadmisión de la misma para afirmar que el primero, que ocurre entre otros casos en caso de falta de jurisdicción es susceptible de apelación de acuerdo con el artículo 143 del C.C.A y el inadmisorio, que procederá cuando la demanda carece de los requisitos y formalidades legalemente exigidos, también lo es pero en los términos del art. 181 ibídem y que en el evento del auto de que trata el último inciso del art. 143 (inadmisión por falta de jurisdicción; rechazo en realidad, para los actores) la apelaciónn puede interponerse directamente o en subsidio de la reposición, por aplicación del art., 352 inc. 2po del C. de P.C. ya que existe, entonces, un vicio legal que debe llenarse con la norma citada del C. de P.C.

## II. PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1. Cuando los actores interpusieron recurso de reposición contra el auto de 18 de julio de 1989 que denegó el recurso de reposición contra el de 8 de junio anterior que inadmitió la demanda y en subsidio solicitaron que se les expidiera copia de la providencia recurrida y de todo lo actuado, incurrieron en una im-

propiedad mayúscula pues dicho auto no era susceptible de tal recurso, como quiera que no hay reposición de reposición, salvo cuando aquél contenga puntos nuevos (art. 180 del C.C.A.).

2. Presentada y recibida una demanda en la jurisdicción contencioso administrativa y verificado su reparto, "el magistrado sustanciador, dice el Dr. Carlos Betancur Jaramillo en su obra Derecho Procesal Administrativo (Ed,. Señal Editora, Medellín 1989, págs. 181 y ss), hará su estudio, del cual pueden resultar estas situaciones: a) la demanda es admisible por ajustarse a las exigencias legales, no sólo en cuanto a sus presupuestos sino también en cuanto a sus anexos; b) la demanda no es admisible por cuando no reúne los requisitos adecuados o no se acompañan los anexos requeridos por la ley, y, c) la demanda no es admisible, no por defectos formales, sino por estar caducada la acción pretendida, o por otros motivos de fondo".

En la primera hipótesis, el auto admisorio de la demanda será dictado por el magistrado ponente, sin importar para el efecto que el asunto sea de única o de dos instancias. Ese auto admisorio solo será susceptible de reposición, ya que tradicionalmente la jurisprudencia de la Corporación lo ha considerado como de simple trámite.

En la segunda hipótesis, el auto que ordena la corrección también lo dictará el ponente y sólo será susceptible de reposición. En ese auto se deberán señalar los defectos que contenga la demanda o indicar los anexos que se echan de menos, para que sean subsanados o se adjunten los faltantes.

En la tercera hipótesis, o sea en el caso de la inadmisión por defectos de fondo, el inadmisorio deberá dictarse por el ponente en los asuntos de única instancia y tendrá recurso de súplica ante el resto de magistrados de la Sala. En cambio si el asunto tuviere dos instancias, la inadmisión la dictará la Sala y tendrá solo recurso de apelación para ante el Consejo de Estado.

El artículo 181-1 del C.C.A. dispone que el auto inadmisorio de la demanda es apelable, por lo que, de acuerdo con el artículo 184 ibídem, tiene recurso de súplica, cuando el proceso sea de única instancia.

La disposición contenida en el artículo 181-1 es clarísima y no establece ninguna distinción sobre las causas que pudieren haber determinado la inadmisión, por lo cual la Sala considera que no son de recibo las distinciones que los actores pretenden hacer sobre rechazo de la demanda e inadmisión de ésta y por ello cabe recordarles el contenido del inciso primero del artículo 27 del Código Civil, a cuyas voces "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

El mismo artículo 181 dispone que "el recurso contra los autos mencionados (entre ellos el que inadmite la demanda, observa la Sala) deberá interponerse directamente y no como subsidiario de la reposición", lo que es lógico ya que no son posibles del de reposición, según el artículo 180 *ibídem*. Podría entonces, pensarse que aquel inciso del 181 fuera inútil o que sobrara pero hizo bien el legislador en reiterar con otras palabras lo dispuesto en el artículo 180, precisamente para evitar equívocos. Por esto mismo, cuando el artículo 143 del C.C.A., dice que el auto de inadmisión es susceptible de apelación, no puede pensarse que se refiere a otro recurso distinto de aquel al que se refiere el 181, para abrirle campo al de reposición, por una pretendida remisión al segundo inciso del artículo 352 del C. de P.C. que no cabe en el proceso jurisdiccional administrativo conforme a los artículos 180 y 181 del C.C.A.

Aun cuando se aceptare por razones de semántica que existe una distinción entre rechazo de la demanda por no reunir los requisitos legales o por no acompañarse los anexos requeridos por la ley o por no presentación del poder o por su insuficiencia, lo cierto es que el efecto cuando ello ocurra, es el mismo de la falta de competencia o de jurisdicción o en el caso de caducidad, salvo en cuanto a la posibilidad que da la misma ley de subsanar los defectos anotados si no ha ocurrido la caducidad o vaya a ocurrir dentro del término en que podrían subsanarse; pero en todos esos eventos, el auto que se dicte se denomina como inadmisorio.

3. Ahora bien, que debe suceder cuando a pesar de que el recurso de apelación contra el auto inadmisorio deba ser interpuesto directamente y no como subsidiario del de reposición, que como se dijo no cabe, sin embargo se interpone en esta forma?

La Sala considera que constituye un rigorismo inútil rechazar el recurso de apelación interpuesto como subsidiario del de reposición, ya que desconoce aquel principio general que debe inspirar la interpretación de las normas procesales que el artículo 4° del C. de P.C. anuncia al decir que "el Juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial" y que las dudas que surjan en la interpretación de las normas de dicho Código "deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del 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".

4. Sentado lo anterior cabe concluir que no debió denegarse, como lo hizo el Tribunal *a-quo*, el recurso de apelación contra el auto que inadmitió la demanda en el proceso de la referencia y que de contera debe admitirse el recurso de queja interpuesto por los demandantes.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

**RESUELVE:**

Concédese la apelación en el efecto suspensivo contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, el día 8 de junio de 1989.

Comuníquese esta decisión al Tribunal Administrativo del Cauca, para que envíe el expediente contentivo del trámite de la primera instancia.

Incorpórese la presente actuación al proceso original, tan pronto se cumpla la orden precedente.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de febrero de 1990.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

## ACCION RELATIVA A CONTRATOS/ CADUCIDAD

**La controversia planteada, así tenga origen en un acto administrativo, es típicamente contractual, como que hace referencia al incumplimiento del contrato mencionado y a los efectos de dicho incumplimiento. Como controversia contractual que es, su caducidad está gobernada por el inc. 7° del art. 136 del C.C.A.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5935. Apelación Auto. SOCIEDAD APEL APLICACIONES ELECTRONICAS LIMITADA.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de junio 1o. de 1989, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda por caducidad.

Para tomar la decisión el *a-quo* partió del supuesto que la demanda formulada contra el acto acusado (las Resoluciones Nos. 127 y 000237, en su orden, de 29 de julio y 27 de octubre de 1988), por el cual se declaró el incumplimiento del contrato S87- 099 del 30 de diciembre de 1987, era de restablecimiento; y que, por lo tanto, su caducidad era de cuatro meses contados a partir de la notificación de la última providencia citada. Concluyó que si la notificación del acto se cumplió el 3 de noviembre de 1988, el plazo de caducidad venció el 3 de marzo de 1989, un día anterior al de la presentanción de la demanda.

La decisión en forma alguna deberá mantenerse, porque contiene dos serios errores jurídicos, como acertadamente lo destaca el Doctor Darío Quiñones P. en su salvamento de voto.

La controversia planteada, así tenga origen en un acto administrativo, es típicamente contractual, como que hace referencia al incumplimiento del contrato mencionado y a los efectos de dicho incumplimiento. Como controversia contractual que es, su caducidad está gogernada por el inciso 7° del artículo 136 del C.C.A. que reza: "las relativas a contratos caducarán a los dos años de expedidos *los actos* y ocurridos los hechos que den lugar a ella" (subrayas fuera de texto).

Radica en este punto el primer desface del auto recurrido. Y sería suficiente para revocarlo. Con todo, la Sala destaca el segundo error y para ello se remite al salvamento de voto del Magistrado disidente.

Aunque la acción fuera la típica de restablecimiento, tampoco estaría caducada, porque los cuatro meses que señala el 2° inciso de la norma mencionada se cuentan "a partir del día de la publicación, comunicación, notificación y ejecución del acto, según el caso". Si es a partir de la notificación, como ocurre en el *sub-judice*, y ésta se cumplió el 3 de noviembre de 1988, el término de caducidad empezó a correr el 4 (día siguiente) y fenecía el 4 de marzo de 1989, fecha de la presentación de la demanda. Se recuerda que el primero y el último día de un plazo de meses o años tienen un mismo número en los respectivos meses (artículo 67 inciso 2° del C.C.).

Si así no fuera, se recortaría el plazo de la caducidad en un día (notificación en el último minuto de éste) o en unas horas, dependiendo del momento en que se cumpliera la diligencia.

La Sala prohija, se repite, la argumentación amplia que se observa en el salvamento de voto. Igualmente sirven de refuerzo los argumentos de la recurrente.

Se echa de menos la prueba de la existencia y representación legal de la entidad demandada. Aunque esta exigencia está excluída en el inciso 5° del artículo 139 del C.C.A., deberá acreditarse oportunamanete, para una mayor claridad en el debate.

Por lo expuesto, la Sección Tercera,

**RESUELVE:**

Revócase el auto de junio 1. de 1989, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En su lugar:

Admítase la demanda formulada por la Sociedad Apel Aplicaciones Electrónicas Ltda. contra el Centro Distrital de Sistematización de Servicios Técnicos "Sise".

Notifíquese personalmente tanto al agente del Ministerio Público como al señor Secretario del aludido Centro Distrital de Sistematización de Servicios Técnicos Sise.

Fíjese en lista por el término de cinco días.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de febrero de 1990.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** - Trámite/ **DEMANDA DE RECONVENCION** - Procedencia/ **ACTO CONTRACTUAL**

**Los actos impugnados son de carácter contractual y no separables. Gracias al Decreto 2304 de 1989, artículo 45, el trámite adecuado para las controversias contractuales es el ordinario, ya que el especial contenido en los artículos 217 y ss. del C.C.A., fue derogado. El artículo 54 del Decreto 2304 de 1989 es claro y la Sala estima que la reconvención propuesta es admisible. Para este efecto acude el art. 401 del C. de P.C. ante el vacío existente en el C.C.A. para su trámite.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5909. Apelación Auto. Actor: Jaime Sanclemente Sánchez.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 20 de junio de 1989, por medio del cual no se le dio trámite a la demanda de reconvención formulada por el Departamento del Cauca contra el Doctor Jaime Sanclemente Sánchez, por improcedente.

El *a-quo* para tomar su decisión, expresó:

"De conformidad con el art., 217 numeral 2° del Código Contencioso Administrativo, en los procesos relativos a contratos y en los de reparación directa y cumplimiento, durante el término de fijación en lista el demandado

o el Ministerio Público podrán denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvención".

"En el asunto debatido, el ponente en auto de fecha 15 de marzo del presente año –fl. 95– resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado en este proceso por haberse seguido un trámite inadecuado y en su lugar ordenó proseguir con el trámite ordinario previsto en el art. 207 del C.C. Administrativo".

"Así las cosas, es claro que la demanda de reconvención no tiene cabida en el presente asunto, dado que la misma ha sido instituida exclusivamente para los procesos contractuales y de reparación directa y cumplimiento, y en este caso estamos ante una controversia contra un acto separable al cual se le ha dado procedimiento ordinario".

Para resolver,

**SE CONSIDERA:**

1. Vista la demanda, no se pone en duda que se trata de una controversia de carácter contractual, en la cual se impugnan unas resoluciones que resolvieron la petición de reajuste de precios del contrato GOB-CRC-BIRF-029-OC-86 de marzo 30 de 1987.

**2. Los actos impugnados son de carácter contractual y no separables.**

La afirmación precedente corresponde a la jurisprudencia de la Corporación, aplicable al caso controvertido y elaborado con fundamento en la legislación anterior al Decreto 2304 de 1989. En ese entonces se sostuvo por esta misma Sala en relación con los actos contractuales, separables o no, lo siguiente:

"El Decreto 01 de 1984 no fue afortunado en el trato que le dio a los actos administrativos contractuales en cuanto a las acciones, caducidad, oportunidad y procedimiento. En tal forma la jurisprudencia, para ajustarse a las exigencias del Código, distinguió los separables de los contractuales propiamente dichos y aceptó que aquéllos eran los dictados por la administración antes de la celebración del contrato, y que podían existir aunque el contrato no llegara a celebrarse; y éstos, los dictados luego de su celebración y que no podían darse sin la existencia de éste, por incidir en la relación negocial misma".

"Con esas precisiones se aceptó que los separables estaban sometidos a las mismas reglas establecidas para los actos administrativos en general, en cuanto a sus acciones (nulidad y restablecimiento, artículos 84 y 85, en armonía con el 87 *in fine*), caducidad de cuatro meses (artículo 136 inciso 2º) y procedimiento ordinario a seguir (artículos 206 y siguientes); y que los contractuales estaban sometidos a las acciones provenientes de los con-

tratos (artículo 87 inciso 1°), a la caducidad de dos años prevista en el inciso 7° del artículo 136, y al procedimiento especial regulado en los artículos 217 y siguientes". (Proceso No. 5604 Actor: Peter Santamaría y Cía Ltda., de febrero 7 de 1990).

Es cierta la cita que trae el auto sobre los actos separables tomada de la obra el Derecho Procesal Administrativo, de que es autor el suscrito ponente pero no lo es menos que esa opinión vario gracias a la precisión que la jurisprudencia de la Sala le introdujo al fenómeno, en la forma como se dejó vista en el numeral 2° de este proveído.

3. Aplicando estas ideas al caso concreto se infiere que el acto impugnado es de carácter contractual y no separable del contrato.

4. Se desprende igualmente del expediente que la tramitación inicial, con apoyo en los artículos 217 y siguientes, era la correcta en ese momento para las controversias contractuales; pero, hoy, gracias al Decreto 2304 de 1989, artículo 45, el trámite adecuado es el ordinario, ya que el especial contenido en aquellas normas fue derogado.

5. Como el *a-quo*, cuando dictó el auto de 15 de marzo de 1989, se adelantó a la reforma introducida por el antes citado decreto al ordenar el trámite del proceso ordinario, puede aceptarse que con la expedición del antes citado Decreto 2304 se saneó la irregularidad inicial, puesto que las controversias contractuales quedaron sometidas a dicho proceso.

6. En este orden de ideas (controversia de tipo contractual y la reforma del procedimiento contencioso administrativo en este campo) hay que aceptar el mandato que contiene el aludido decreto a disponer:

"Artículo 54. El artículo 217 del Código Contencioso Administrativo quedará así:

"Artículo 217. Denuncia del pleito, llamamiento en garantía y reconvención. En los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvención, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

El mandato es claro y la Sala estima que la reconvención propuesta es admisible, Para este efecto acude el artículo 401 del C. de P.C., ante el vacío existente en el C.C.A., para su trámite.

La citada norma precisa que su aceptación está condicionada a que sea de competencia del mismo Juez y pueda tramitarse por la vía ordinaria, supuestos que se dan en el *sub-judice*. Además, el escrito de reconvención reúne los requisitos de la demanda Contencioso Administrativa.

Por lo expuesto, la Sección Tercera,

**RESUELVE:**

1. Revócase el auto de 20 de junio de 1989.

En su lugar:

a) Admítase la demanda de reconvención formulada por el Departamento del Cauca contra el Ingeniero Jaime Sanclemente Sánchez.

b) Notifíquese personalmente al reconvenido y al agente del Ministerio Público.

c) Fíjese en lista por el término de 5 días.

d) Fenecida esta etapa, tramítense conjuntamente tanto la demanda principal como la reconvención, para su decisión en la sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 22 de febrero de 1990.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**EXPROPIACION/ TRANSITO DE LEGISLACION/ CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA/ PERITOS** - Designación

**El tránsito de legislación que produjo la Ley 30 de 1988, en materia de expropiación, modificó sustancialmente las competencias para dicho proceso, así: Lo que era de primera instancia ante el Juzgado Civil del Circuito de la ubicación del inmueble y de segunda en el Tribunal Superior correspondiente, se volvió de primera instancia en el Tribunal Administrativo y de segunda ante el Consejo de Estado. Por esta razón, las apelaciones y los recursos de queja que se venían tramitando cuando el cambio se produjo (el Decreto Reglamentario 2107 de 1988, artículo 65, dispuso que los asuntos pasarán a los Tribunales Administrativos en el estado en que estuvieran) debieron pasar, por tratarse de segunda instancia, a esta corporación. El proveído en el que se designaron peritos para efectos de la fijación de la indemnización carece de apelación tanto en la justicia ordinaria como ante la justicia contencioso administrativa.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., marzo primero (1) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6007. Recurso de Queja. Actor: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "Incora".

Procede la Sala a decidir el recurso de queja contra el auto que denegó la concesión del recurso de apelación dictado por el Juzgado Civil del Circuito

de Zipaquirá, interpuesto contra el auto de mayo 30 de 1988, mediante el cual, para efectos de indemnización, se designaron nuevos peritos.

Para entender a cabalidad el asunto, se historia brevemente:

1. El presente proceso de exporpiación venía cumpliendo su trámite ante la justicia ordinaria, concretamente ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá.

2. Ese despacho el 30 de mayo de 1988 profirió una providencia del siguiente tenor: "2. Como consecuencia de lo anterior, para efectos de la fijación de la indemnización, se designan como peritos a los señores: Doctores Páez Estévez Rafael y Rodríguez Becerra Jairo.

3. Contra ese proveido se interpuso reposición y en subsidio apelación, por el apoderado de los interesados Miguel Díaz Jiménez y Eliseo Espinosa.

4. El Juzgado del conocimiento, mediante auto de junio 22 de 1988, no repuso la medida y denegó, por improcedente el recurso de apelación.

5. Mediante auto de la misma fecha el Juzgado reformó parcialmente el auto impugnado, pero lo mantuvo en cuanto a la medida ordenada en el proveido de 30 de mayo de ese mismo año.

6. Pedida la reposición del auto de junio 22 de 1988 que denegó la apelación, el Juzgado en auto de julio 18 de ese año, no repuso la decisión y ordenó compulsar las copias para el de queja.

7. Interpuesta la queja ante el Tribunal Superior de Bogotá, dicha Corporación, con apoyo en lo dispuesto por la Ley 30 de 1988, artículo 35, dispuso devolver el expediente al despacho de origen para que este le diera cumplimiento al artículo 654 del Decreto 2107 de 12 de octubre de ese mismo año.

8. El Juzgado del conocimiento, obedeciendo la orden de su superior, envió el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Finalmente, ese organismo, en auto de agosto 24 del año próximo pasado, remitió el proceso a esta Corporación con el argumento de ser ésta la competente para pronunciarse sobre el recurso de queja interpuesto y no decidido por la jurisdicción ordinaria.

10. El tránsito de legislación que produjo la Ley 30 de 1988, en materia de expropiación, modificó sustancialmente las competencias para dicho proceso, así: Lo que era de primera instancia ante el Juzgado Civil del Circuito de la ubicación del inmueble y de segunda en el Tribunal Superior correspon-

diente, se volvió de primera en el Tribunal Administrativo y de segunda ante el Consejo de Estado.

Por esta razón, las apelaciones y los recursos de queja que se venían tramitando cuando el cambio se produjo (el Decreto Reglamentario 2107 de 1988, artículo 65, dispuso que los asuntos pasarían a los Tribunales Administrativos en el estado en que estuvieran) debieron pasar, por tratarse de segunda instancia, a esta Corporación y no al Tribunal Administrativo, porque éste ni era ni es superior del Juzgado de Circuito y en materia de expropiación es juez solo de primera instancia. Es este el alcance que se le debe dar a ese artículo 65, porque en forma alguna le dió competencia de segunda instancia a los Tribunales Administrativos.

11. El trámite del recurso de queja ya se cumplió ante el Tribunal Superior, y por ende, no es del caso repetirlo. Esta la razón para que aquí se decida.

Hecha la historia precedente y vista la competencia de esta Sala, pasa a estudiarse la providencia recurrida, que es el auto de 30 de mayo de 1988 dictado por el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá.

En ese proveido se designaron peritos para efectos de la fijación de la indemnización.

El proveido así concebido carece de apelación tanto ante la justicia ordinaria, cuyo proceso está regulado por el C. de P.C., como ante la justicia contencioso administrativa.

El auto que decreta una prueba en aquel proceso, como el que lo abre a pruebas solo serán susceptibles de reposición en razón de su carácter de proveidos de simple trámite. En ese mismo proceso, en cambio, los que denieguen la práctica de una prueba o la apertura a pruebas serán apelables, por expreso mandato del numeral 3° del artículo 351.

Tampoco ese auto será apelable en el proceso administrativo.

Se afirma esto, porque: a) El artículo 181 del C.C.A. no enumera ese auto dentro de los que tienen apelación; b) Porque en este mismo Código, los autos de trámite solo serán pasibles de reposición y el que decreta una prueba tendrá ese carácter; c) porque los autos de prueba que sean apelables en el Código de Procedimiento Civil, sólo serán suplicables en el administrativo.

Estas breves consideraciones son suficientes para que esta Sala,

**RESUELVA:**

Estímase bien denegado el recurso de queja interpuesto contra el proveido que denegó el de apelación propuesto contra el auto de 30 de mayo de 1988. Envíese la actuación al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que forme parte del expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 28 de febrero de 1990.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/ CULPA DE LA VICTIMA**

**La culpa de la víctima en el ámbito de la responsabilidad administrativa, no es más que la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado. La violación entonces, por parte de la víctima, de las obligaciones que en cada caso concreto pesan sobre ella como persona administrada, implica la exoneración total o parcial de la responsabilidad de la administración. Así, en los eventos en que la falla del servicio o la culpa de la víctima son provocadas por la otra parte, la responsabilidad no puede ser compartida. Y ello es apenas lógico en la medida en que la causa que origina el perjuicio puede ser atribuida a una u otra parte, más no ambas a la vez.**

**El hecho de tener una actitud agresiva inicial frente a los agentes del orden, no produce por efecto que, frente a la muerte misma, la actitud sea culposa. No hay relación causal relevante con la producción del perjuicio –la muerte–.**

**FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/ LEGITIMA DEFENSA**

**La legítima defensa de configurarse realmente, se constituye en un límite a la obligación de protección a la vida que está a cargo de las autoridades de la República. En el caso de autos, ninguno de los elementos que pudiere permitir la aplicación de la legítima defensa, y por lo tanto hacer desaparecer la obligación estatal mencionada, están presentes.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.-* Bogotá D.E., primero (1) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

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

Proyecto: *Dr. Carlos Henao Pérez.*

Referencia: Expediente No. 3260 (94). Actor: Juan Nepomuceno Gómez Cifuentes y otros. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa- Policía Nacional. Ordinario-Indenmizaciones. Reconstrucción.

El expediente de la referencia se encontraba en estado de recibir sentencia cuando fue destruido en los luctuosos hechos del Palacio de Justicia de esta ciudad, los días seis (6) y siete (7) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985). Surtida la tramitación de su reconstrucción, con arreglo a lo previsto por el Decreto número 3825 de 1985 y sin que se observe causal de nulidad que invalide las actuaciones cumplidas ante esta Corporación, es del caso entrar a decidir la litis.

## I. LA DEMANDA:

1.1. *Peticiones.*

Por conducto de apoderado idóneo, los señores JUAN NEPOMUCENO GOMEZ CIFUENTES, MARTHA LIGIA PULGARIN DE GOMEZ, CARLOS GOMEZ PULGARIN, MARTHA LIGIA GOMEZ PULGARIN, EVER GOMEZ PULGARIN, MARIA AURORA GOMEZ PULGARIN, MARIELA GOMEZ PULGARIN y FLOR DE MARIA GOMEZ PULGARIN, demandaron a la Nación para que por los trámites del procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"*PRIMERA*. Declárase responsable a la Nación de la totalidad de los perjuicios morales subjetivos y daños materiales, que han venido padeciendo y padecerán mis mandantes en este proceso, a consecuencia de la muerte violenta del señor ALVARO GOMEZ PULGARIN (q.e.p.d.), ocurrida a consecuencia de heridas con arma de fuego que le hizo el agente de la policía nacional señor WILLIAM PALOMINO, durante procedimiento policial realizado en la madrigada del día 4 de enero del año 1980 en el caserío del Corregimiento de "Santa Rosa de Tapias" en el Municipio de Guacarí del Departamenteo del Valle del Cauca.

"*SEGUNDA*. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la Nación a pagarle a los demandantes por concepto de DAÑOS MORALES SUBJETIVOS, lo siguiente: A) A los padres del occiso, señor JUAN NEPOMUCENO GOMEZ CIFUENTES y señora MARTHA LIGIA PULGARIN DE GOMEZ, el valor que se pruebe en el proceso de un mil gramos (1.000 gms) oro puro, para cada uno de ellos por separado y en su totalidad; B) A la señora ROSA ARENAS CARDENAS, compañera del occiso, con quien hacia vida marital permanente y estable, el valor que se pruebe en el

proceso de un mil gramos (1.000 gms) oro puro; C) A todos y casa uno de los hermanos del occiso, el valor que se pruebe en el proceso de quinientos gramos (500 gms) oro puro, o sea para MARIELA, LEONARDO, FLOR DE MARIA, MARIA AURORA, EVER, CARLOS HUMBERTO, MARTHA LIGIA, YOLANDA y LUDIVIA todos de apellidos GOMEZ PULGARIN, o sea un total de cuatro mil quinientos gramos (4.500 gms) oro puro por partes iguales; D) A todos y a cada uno de los hijos del occiso, ALBA NIDIA GOMEZ ARENAS, JOSE FERNANDO GOMEZ ARENAS, OLGA LUCIA GOMEZ ARENAS y SANDRA MILENA GOMEZ ARENAS, por separado y en su totalidad, el valor que se pruebe en el proceso de un mil gramos (1.000 gms) oro puro.

"*TERCERA*. Declárase responsable a la Nación de la totalidad de los perjuicios materiales que se demuestren en el proceso, padecidos y que padecerán la compañera del occiso señora ROSA ARENAS CARDENAS, con quien compartía techo y lecho en unión estable y permante y cada uno de sus hijos ALBA NIDIA, JOSE FERNANDO OLGA LUCIA y SANDRA MILENA GOMEZ ARENAS, por la pérdida de la renta mensual que para su sostenimiento les entregaba la víctima hasta la fecha de su muerte. La renta pérdida será el 75% de lo que se pruebe como ingresos mensuales del causante, cuyo valor se actualizará en la fecha del fallo según el índice de depreciación monetario o devaluación de la moneda colombiana que se demuestre en el proceso. La liquidación respectiva será hecha mediante utilización de la matemática financiera y comprendido sin solución de continuidad todo el tiempo que va desde la feecha en que fue causado el daño, hasta el término de la vida probable de su compañera permanente señora Rosa Areenas Cárdenas y la mayoría de edad de cada uno de sus hijos.

"*CUARTA*. Condénase a la Nación a pagarle a los demandantes intereses corrientes en porcentaje no inferior al 24% anual, sobre las sumas que resulten a favor de cada uno de ellos en la sentencia, desde la fecha en que deba hacerse el pago y hasta el día en que efectivamente se realice" (fls. 5 y 5 vto. C. 1).

1.2. *Fundamento fáctico de la demanda.*

"*PRIMERO*. El señor JUAN NEPOMUCENO GOMEZ CIFUENTES Y MARTHA LIGIA PULGARIN, contrajeron matrimonio por el rito católico en agosto 9 de 1945 en Guacarí, Valle, unión de la cual nacieron MARIELA, LEONARDO, FLOR DE MARIA, EVER, LUCERO, CARLOS HUMBERTO, MARTHA LIGIA, YOLANDA, LUDIVIA y ALVARO todos de apellido GOMEZ PULGARIN y MARIA AURORA GOMEZ PULGARIN.

"*SEGUNDO*. El señor ALVARO GOMEZ PULGARIN formó familia con ROSA ARENAS CARDENAS, en unión estable y permanentee, de la cual nacieron cuatro hijos debidamente reconocidos ante Notario Público, de

nombres Alba Nidia, José Fernando, Olga Lucía y Sandra Milena todos de apellidos Gómez Arenas.

"*TERCERO*. El señor Alvaro Gomez Pulgarín nunca contrajo matrimonio con nadie y solo formó familia en unión de hecho con Rosa Arenas Cárdenas, por lo cual ésta tiene una situación jurídica protegida, puesto que no hay cónyuge legítima que controvierta su pretensión indemnizatoria. Esto al amparo de la doctrina que consagró la SALA en su fallo de abril 29 de 1980 a favor de Ana de Dios Ríos Osorio y otros (Exp. No. 2506).

"I). Antes de las tres de la madrugada del día 4 de enero de 1980, en el caserío del Corregimiento de Santa Rosa de Tapias, Municipio de guacarí en el departamento del Valle del Cauca, el joven Ever Gómez Pulgarín fue detenido por dos agentes de la Policía Nacional y conducido a la Inspección de Policía de ese lugar, donde fue recluído.

"II). Su hermano ALVARO GOMEZ PULGARIN, quien ya dormía en su hogar, fue informado de la captura de Ever, por lo cual se levantó y acompañado de Rosa Arenas Cárdenas y Luz Alba Franco se dirigió a la Inspección de Policía para preguntar por la situación de su hermano y los motivos de la detensión.

"III). Llegando a la Inspección de Policía se encontraron con el agente de la policía señor RUBEN DARIO NAVARRO, quien a su vez hablaba con José Raúl Saavedra Restrepo. Alvaro Gómez Pulgarín preguntó por su hermano Ever y el agente Navarro le dijo que se hallaba detenido y encerraddo en el calabazo, porque le habían decomisado un cuchillo.

"IV). Discutieron Alvaro Gómez y el agente Rubén DArio Navarro, pues el primero consideró injustificada la detención de su hermano. Discutieron duramente de palabra y luego se cruzaron golpes. El agente Navarro quiso utilizar su carabina y dispararla contra Alvaro Gómez Pulgarín, pero éste recogió un madero del piso de la carretera donde se hallaban y se lo impidió, sin utilizar ningún otro medio porque no portaba arma de ninguna especie.

"V). Entonces salió de la casa donde funciona la Inspección de Policía el agente señor WILLIAM PALOMINO, quien portando una carabina de dotación oficial disparó contra Alvaro Gómez Pulgarín. Ante el ataque del agente Palomino el señor Alvaro Gómez Pulgarín quiso alejarse del lugar, huir, logrando ascender como media cuadra por la carretera en dirección hacia su casa de habitación, acompañado aún por Rosa Arenas Cárdenas y Luz Alba Franco.

"VI). Pero los dos agentes de la policía los persiguieron y los asediaron. Volvió a disparar su carabina el agente WILLIAM PALOMINO, en varias ocasiones. Hirió en una pierna y derribó al suelo al señor Alvaro Gómez Pulgarín, quien viéndose en peligro de morir imploró por su vida. Pero el

agente Palomino, a pesar de verlo tendido, suplicante y rendido, ya herido e inmovilizado por uno de sus disparos, siguió disparándole con su carabina hasta asegurarse de que había muerto". (fls. 5 vto. 6 y 6 btl. C. 1).

1.3. *El derecho invocado.*

En el acápite correspondiente de la demanda se citan como violados los arts. 16, 20, 29 y 51 de la Constitución Nacional; los arts. 1o, 4o, 5o, 29 y 30 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía); los arts. 1o, 2o y 18 del Decreto 2347 de 1971 (Estatuto Orgánico de la Policía Nacional); los arts. 12, 119 literales b y q, y 124 del Decreto 1835 de 1979 (Reglamento de disciplina y Honor de la Policía Nacional) y, en fin, los arts. 1o, 2o, 3o, 21, 23, 25, 63 y 74 de la Resolución de la Dirección General de la Policía Nacional No. 00168 de 1961 que aprobó el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural de dicha Institución Armada.

## II. CONCEPTO FISCAL:

Dentro del trámite surtido con ocasión de la reconstrucción del proceso, el señor Fiscal Séptimo de la Corporación rindió su vista de fondo en la cual considera que la compensación de culpas alegada por la parte demandada no tiene cabida en el *sub- lite* porque, dice el Ministerio Público, "después que la víctima recibió el primer disparo que lo hizo caer no había razón para continuar utilizando las armas de dotación oficial con el fin de controlar a quien ya se encontraba imposibilitado para hacerles frente. Los dos policías, en lugar de seguir un procedimiento normal como sería en este caso la retención y posterior conducción del herido, resolvieron de manera, por demás proterva, desoír sus llamadas de clemencia y darle muerte". Agrega que se hallan probados los restantes elementos que estructuran la responsabilidad estatal por fallas del servicio y pide que se despachen favorablemente las súplicas del libelo. (fls. 132 a 134, cuaderno principal).

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Antes de entrar a decidir de fondo, estima la Sala necesario hacer un recuento de los hechos debidamente probados en el expediente:

1. El señor JUAN NEPOMUCENO GOMEZ CIFUENTES y la señora MATHA LIGIA PULGARIN DE GOMEZ, contrajeron matrimonio eclesiástico el 9 de agosto de 1945 en el Municipio de Guacarí (Valle); tal como consta en el acta inserta en el expediente (fl. 26).

2. Del anterior matrimonio nacieron once (11) hijos, según consta de los registros civiles de nacimiento que obran en el expediente fls. 9 a 19 inclusive, del cuaderno No. 1).

3. El 4 de enero de 1980 falleció el señor ALVARO GOMEZ PULGARIN, hijo del matrimonio enunciado en el numeral 1, a raíz de una anemia aguda por perforaciones vasculares múltiples (vasos cervicales), consecuencia natural y directa de heridas recibidas por arma de fuego (fls. 41, 20, 88 del cuaderno 1 y 18 anexo 1).

4. El señor ALVARO GOMEZ PULGARIN vivía en unión libre y estable con la señora ROSA ARENAS. Así surge de las declaraciones testimoniales obrantes en los fls. 34 y 37, y de los registros civiles de nacimiento de los 4 hijos de la mencionada unión, en los que ambos aparecen como padres (folios 22 a 25 C. 1).

5. El señor GOMEZ PULGARIN fue muerto por agentes de la Policía Nacional, quienes luego de una trifulca con el occiso, y en momentos en que éste se encontraba herido en el piso, lo ultimaron a tiros en presencia de varias personas (ver fls. 35, 35a, 36, 38 y 45).

6. Los agentes de la Policía Nacional que ultimaron al señor GOMEZ PULGARIN, se encontraban en el momento de los insucesos, en misión de servicio de vigilancia policiva y portaban armas de dotación oficial (fls. 45a, 84, 92, 94, 95, 97, 99, C. 1, 11, 12, y 122 anexo 1).

Frente a los anteriores hechos, estima la Sala necesario hacer las consideraciones siguientes:

A). **La culpa de la víctima.**

Como en los alegatos de la parte demandada (ver folios 55 y 126 del cuaderno 1), se hace referencia a la culpa de la víctima, y se solicita la exoneración total o parcial de la entidad demandada, procede por tanto la Sala a estudiar esta alegación, a fin de determinar si es o no aplicable al caso de autos.

1. La culpa de la víctima, entendida como causal exonerativa de responsabilidad del ente al cual se le imputa el daño, es una figura consustancial al derecho de responsabilidad. Jurisprudencia y legislación nacional así lo han establecido desde hace mucho tiempo. En efecto, el art. 2357 del C.C., estatuye que "la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"; contiene así nuestro ordenamiento positivo norma expresa mediante la cual se obliga al juez, frente a las circunstancias concretas de pro-

ducción del daño, a apreciar el comportamiento de quien habiéndolo sufrido pretende indemnización.

2. Si la culpa es, en los términos clásicos definidos por los hermanos MAZEAUD, "un error de conducta que no habría cometido una persona advertida colocada en las mismas cirunstancias externas del autor del perjuicio", aquella de la víctima, no es más que igual noción pero predicable de quien pretende indemnización.

Debe por tanto la Sala, en virtud de lo estatuido por el art. 2357 del C.C., analizar el comportamiento de quien frente al actuar estatal se dice perjudicado. Partiendo de la realidad histórica del proceso, la Sala debe establecer si la víctima con su comportamiento fue causa única o concausa en la produción del daño, o si, por el contrario, su comportamiento no fue relevante en la producción del perjuicio.

Para ello procede la Sala a hacer algunas precisiones, habida consideración de que la aplicación de la mencionada causal exonerativa puede plantear serios problemas en la solución de los casos concretos.

3. En primer término, se debe anotar que la culpa de la víctima en el ámbito de la responsabilidad administrativa, no es más que la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado. La violación entonces, por parte de la víctima, de las olbigaciones que en cada caso concreto pesan sobre ella como persona administrada, implica la exoneración total o parcial de la responsabilidad de la administración. Así, en los eventos en que la falta del servicio o la culpa de la víctima son provocadas por la otra parte, la responsabilidad no puede ser compartida. Y ello es apenas lógico, en la medida en que la causa que origina el perjuicio puede ser atribuida a una u otra parte, mas no a ambas a la vez.

4. Este enunciado generico permite sostener, entonces, que cuando la falta del servicio ocasionada por un comportamiento culposo de la víctima, la responsabilidad no puede ser siquiera compartida y, menos aún; declarada en contra del ente estatal, a condición obviamente, de que el comportamiento de la víctima haya sido de tal naturaleza que pueda calificarse de originante del perjuicio.

5. Mas no todos los comportamientos de la víctima tienen efecto liberatorio total respecto de la administración. En muchas ocasiones, tal efecto es simplemente parcial y en no pocas oportunidades sencillamaentee inexistente según pasa a verse.

6. Debe anotarse, en primer término, que el juez administrativo está obligado a estudiar, frente a los elementos fácticos de cada caso concreto, qué papel juega el comportamiento de la víctima en la cadena causal de producción del

perjuicio. Así, si este último resulta ser imputable de manera exlcusiva a la víctima, la exoneración de la administración –se repite– habrá de ser total pues el vínculo o nexo causal es escinde, queda roto. Y cuando el perjuicio, sin ser esclusivamente imputable a la víctima, no puede configurarse sin que normal y naturalmenteintervenga y colabore en su producción la culpa de la víctima, deberá el juez dar explicación al principio de la concausalidad y de reducción en la apreciación del daño que consagra el artículo 2357 del Código Civil. Mas si, por el contrario, el hecho imputable a culpa de la víctima no tiene relación alguna con la producción delperjuicio se impondrá la declaratoria de la responsabilidad total de la administración, siempre y cuando se configuren los restantes elementos estructurales de esa responsabilidad, según el régimen aplicable a la actividad administrativa dentro de cuya órbita se produjo el hecho dañoso.

7. En segundo término, ha de anotarse que las anteriores hipotesis deben estudiarse por el juzgador teniendo siempre presente el papel causal que la víctima haya jugado en la realización del perjuicio y cuidándose de no "transformar una simple relación de simultaneidad en una relación de causalidad", como lo enseñaba Marcel Planiol. En consecuencia, el juez administrativo está obligado, aun en aquellas hipótesis en que a la víctima pueda imputársele un comportamiento reprochable como administrado, a indagar qué relación causal tiene ese comportamiento respecto del perjuicio que se le imputa a la administración. En efecto, un comportamiento simultáneo con aquel que produjo el perjuicio, por reprochable que sea, no traslada necesariamente a la víctima la culpa tratadista francés JACQUES MOREAU, "solamente si la cumpa resultante de la comisión de la contreavención, está en relación con la génesis del accidente, la víctima será despojada total o parcialmente de su derecho a obtener reparación" ("*L'influence de la situation et du comporteement de la victime sur la responsabilité administrative*", L.G.D.J. París, 1957, pág. 226).

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, estima la Sala que la causal exonerativa invocada no puede ser aplicada en el presente caso.

Ello por las siguientes razones:

a) Está probado que el señor ALVARO GOMEZ PULGARIN guardó durante los insucesos que a la postre produjeron su muerte, una actitud agresiva frente a los agentes del orden, a punto tal que minutos antes de su muerte había herido a un agente de la Policía Nacional (ver fls. 7 anexo 1). Esta actitud, estima la Sala, contraviene la obligación de respeto, prudencia y mesura que deben guardar los ciudadanos frente a los agentes del orden, y la considera por tanto francamente reprochable.

b) Sin embargo, está probado que en el momento en que se produjo el perjuicio de los demandantes –la muerte de su ser querido–, el occiso se encontraba indefenso, herido, tendido en el suelo en compañía de su señora y de la señora Lua Alba Franco de Ramírez, y que en tal situación los agentes de la Policía procedieron a ultimarlo. (fls. 35, 37, 38 y 45 Cdno. 1).

Por lo demás, y ello es de relevancia para la Sala, luego de la trifulca y antes de su muerte, el señor GOMEZ PULGARIN había emprendido la huída (fls. 36 y 37).

c) En el momento en que se produjo la muerte del señor GOMEZ PULGARIN éste se encontraba perfectamente sometido por los agentes de la Policía Nacional.

d) El hecho de que el señor GOMEZ PULGARIN hubiese tenido una actitud agresiva inicial frente a los agentes del orden, no produce por efecto que, frente a la muerte misma, su actitud fuese culposa.

e) Estima por tanto la Sala que la actitud del señor GOMEZ PULGARIN no guardó relación causal relevante con la producción del perjuicio –la muerte–. No puede ni podría admitirse el principio según el cual una actitudd inicial reprochable de parte de la víctima, justifique desmesuradas actuaciones de parte de los agentes estatales.

Acorde con estas concepciones, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desechado la aplicación de la culpa de la víctima para eventos similares. Así, por ejemplo, en sentencia del 16 de diciembe de 1987, (Expediente No. 5088. Indemnizaciones, ActorÑ Olga Lucía vda de Betancur), dijo la Sección Tercera.

> "El *a-quo*, como se señaló atrás, redujo el valor de la indemnización al 50% por cuanto la víctima con su conducta "atentó o produjo el desenlace hasta el punto que puede hablarse de una responsabilidad compartida o compensación de culpas, total o parcial".
>
> "Esta apreciación aparece cuestionada por la Fiscalía y la Sala prohija su reclazo. Muestra la prueba testimonial que las discrepancias que puso de presente el Tribunal entre el agente autor del hecho y la víctima bien pudieron salvarse en forma civilizada y por los cauces normales policivos y no por el medio que desató la tragedia".

Habiéndose estudiado y desechado la exceepción alegada por la parte demandada e invocada por la colaboradora fiscal, procede la Sala a estudiar la falla del servicio.

B. **La falla del servicio**

Jurisprudencialmente se ha establecido que la responsabilidad del Estado encuentra fundamento positivo en las normas constitucionales que reconocen y tutelan los derechos y garantías sociales, otorgados a los administrados por la Constitución.

Dentro de dichas normas, el artículo 16 C.N. adquiere particular relevancia al establecer que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Dicho artículo constituye, entonces, una obligación administrativa a cargo del Estado, consistente precisamente en el deber de protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, que múltiples normas jurídicas nacionales desarrollan para cada caso concreto. Así por ejemplo, el Código Nacional de Policía (Decreto Ley número 1355 de 1970), estatuye en su artículo primero:

> "La Policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las Convenciones y Tratados Internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho".

Y el artículo 109 del Decreto 522 de 1971, que modificó el art. 30 del Código Nacional de Policía es explícito al enseñar que:

> "Para preservar el orden público de Policía empleará solo medios autorizados por ley o reglamento y escogerá siempre, entre los eficaces, aquellos que caucen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes. Tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento.
>
> "Salvo lo dispuesto en la ley sobre régimen carcelario, las armas de fuegoo no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando éste las use para facilitar o proteger la fuga".

De igual manera, el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural (Resolución número 00168 de 1961, fl. 182 C. 1), establece en su artículo 2º que "La Policía Nacional es una institución que, al servicio de las autoridades civiles, está encargada de garantizar las libertades y el goce de los derechos consagrados en la Constitución y las leyes de la República, salvaguardar la vida, honra y bienes de los asociados, asegurar el cumplimiento de las disposiciones emanadas de las autoridades, efectuar la averiguación de los delitos y garantizar la conservación del orden público en sus aspectos de seguridad, tranquilidad y salubridad".

De los preceptos anteriormente citados, se observa que fin primordial de las autoridades de Policía es, entre otros, la salvaguarda de la vida de los asociados. Dicha protección y salvaguarda de la vida de los administrados es un principio jurídico, que campea afortunadamente dentro de nuestra normatividad nacional.

Pero si bien es cierto que la protección de la vida de los asociados es obligación fundamental del Estado, también lo es que la protección a que están obligadas las autoridades de policía, tiene límites jurídico-legales. Por ello, el artículo 74 de la Resolución 00168 de 1961 (Reglamento de Servicio de Vigilancia Urbana y Rural), estatuye en su literal a), que los agentes del orden pueden ejercitar "el derecho de legítima defensa establecida para todos los ciudadanos de la República". Normas de este talante, continúan dentro del espíritu de protección a la vida que campea en la Constitución Nacional. Así, la legítima defensa, de configurarse realmente, se constituye en un límite a la obligación de proteción a la vida que está a cargo de las autoridades de la República.

Por ello, una norma de tanta trascendencia, es por fortuna reglada por nuestro ordenamiento jurídico nacional, y aún por el artículo 74 que se viene de citar. De una parte, debe haber una razonable proporción entre el medio empleado por los agentes del orden, y el motivo que la justifica. De otra parte, es característica de la legítima defensa su elemento cronológico, a punto tal, que el literal a) del art. 74 de la resolución citada, establece que "*desaparece la legalidad del derecho aludido si se dispara a un sujeto con posterioridad a la agresión*". Así, armoniza la misma ley la obligación a cargo del Estado que, por el sólo hecho de existir, no podría considerarse como ilimitada y absoluta, con el derecho justificado que pudieren llegar a tener los agentes del orden para la salvaguarda de sus propias vidas.

Pero, en el caso de autos, ninguno de los elementos que pudieren permitir la aplicación de la legítima defensa, y por tanto hacer desaparecer la obligación estatal mencionada, están presentes.

En efecto, tal como se ha corroborado, está probado que el señor GOMEZ PULGARIN fue herido en momentos en que huía, y que su muerte acaeció een momentos en que herido en el piso, inerme, sin posibilidad alguna de defensa y menos aún de agresión, fue ultimado a tiros por agentes del orden. Ninguna justificación encuentra la Sala a la actuación de los agentes de la Policía Nacional, quienes inexcusablemente cegaron la vida de un administrado.

Está probado, de otra parte, que los agentes que dieron muerte al señor PULGARIN GOMEZ, estaban prestando en dicho momento servicio de vigilancia policiva, que pertenecían activamente a la Policía Nacional, y que portaban

armas de dotación oficial. Estos elementos son suficientes, a juicio de la Sala, para que se establezca el nexo con el servicio.

Así las cosas, considera la Sala que hubo una protuberante falla del servicio, consistente en la violación de la obligación de protección de la vida de los asociados, de parte de las autoridades de la República. Procedimientos policivos como el que ha dado origen al presente proceso, no tienen asidero legal alguno, y son por el contrario, atentatorios al Estado de Derecho que define nuestra Constitución.

C. **El nexo de causalidad**

Obra en el expediente, sin que quede duda a la Sala, prueba de que la muerte del señor GOMEZ PULGARIN, fue consecuencia directa de los disparon realizados por los agentes de la Policía Nacional, el día 4 de enero de 1980 (fls. 41, 36, 35, 38, 45 del Cuaderno 1, y 122 y 17 del anexo 1).

D. **Los perjuicios**

Estando, como está establecida, la muerte del señor GOMEZ PULGARIN, y teniendo en cuenta el petitum de la demanda (fl. 5), los alegatos de conclusión de la parte demandante (fls. 47 s, 122 s.), aquellos de la parte demandada en que se solicita no se condene a perjuicios (fls. 126 s), y en fin, el concpeto del Ministerio Público, pasa la Sala a estudiar cada uno de los rubros del perjuicio.

a) *Perjuicios morales*

No hay lugar a dudas para la Sala, que con la falla del servicio que quedó analizada, se vulneraron intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de los demandantes, a raíz de la aflicción profunda que se les causó con la muerte injustificada de un ser querido.

Sin embargo, para efectos de su declaratoria, y teniendo en cuenta pautas trazadas por la jurisprudencia, su estudio deberá hacerse separadamente, así:

1. Respecto a la señora ROSA ARENAS CARDENAS, estima la Sala que los perjuicios morales han de serle reconocidos en su máxima expresión, esto es, en el equivalente a 1000 gramos oro. En efecto, la unión seria y estable que mantenía con el finado, unión en la cual por demás nacieron 4 hijos debidamente reconocidos, son hechos más que relevantes para que proceda su indemnización.

En fallo de 14 de abril de 1988, y ante circunstancias similares a las que ahora se estudian, se dijo (Expediente No. 2992. Actor: Rafael Alarcón Sánchez), lo siguiente:

"Para su tasación se tiene en cuenta el dolor sufrido por el demanddante ante la irreparable pérdida que representa la muerte de un ser querido. Se reconoce de acuerdo con el grado de relación que existe entre el reclamante y la víctima, que, en el presente caso está determinado por el vínculo estable y permanente que los llevó a conformar un nucleo familiar. La ausencia de quien fue, por muchos años, compañera permanente, cuya satisfacción debe procurarse con el pago de una suma de dinero que, en este caso, el sentenciador estima en el equivalente a un mil (1000) gramos oro".

2. Respecto a los señores JUAN NEPOMUCENO GOMEZ CIFUENTES y MARTHA LIGIA PULGARIN DE GOMEZ, padres del occiso, considera la Sala, de conformidad con la jurisprudencia, que deben ser tasados en un mil (1000) gramos oro para cada uno.

3. Respecto de los hijos del finado, considera la Sala que el dolor profundo que ha causado la desaparición injustificada de su progenitor, deben ser indemnizados con el equivlanete de un mil gramos (1000) oro para cada uno. El sentimiento de orfandad en el cual quedaron los hijos de la víctima, *todos menores de edad en el momento de la desaparición de su padre*, es jusitificación más que suficiente para que se proceda a la mencionada indemnización.

4. Respecto de los hermanos del señor GOMEZ PULGARIN, encuentra la Sala que la demanda solicitó indemnización por perjuicios morales para MARIELA, LEONARDO, FLOR DE MARIA, MARIA AURORA, EVER, CARLOS HUMBERTO, MARTHA LIGIA, YOLANDA y LUDIVIA, todos ellos GOMEZ PULGARIN. Está acreditado que cada una de las personas mencionadas eran hermanos del difunto ALVARO GOMEZ PULGARIN (fls. 9 a 19 C. 1). sin embargoo, no podrá la Sala acceder a la condena en favor de CARLOS HUMBERTO GOMEZ PULGARIN, pues a pesar de que consta haber sido hermano del occiso (fl. 16 C. 1), no otrogó poder para ser representado en el presente proceso (fl. 16 C. 1), y tampoco se hace mención suya en el auto obrante a fl. 16 C. 1. La misma suerte correrá la hermana LUCERO, pues tampoco se solicita indemnización de perjuicios a su favor, en el *petitum* de la demanda. La condena por este rubro del perjuicio se hará, de conformidad con las pautas jurisprudenciales de la Sala al respecto, en cuantía equivalente a 500 gramos de oro para cada uno de los nombrados hermanos del fallecido Alvaro Gómez Pulgarín, con la excepción ya anotada, concerniente a Carlos Humberto y Lucero Gómez Pulgarín.

b) *Perjuicios materiales*

Respecto de la procedencia de la condena a perjuicios materiales, een innumerables ocasiones ha dichjo la jurisprudencia nacional que, para poder ser decretada, se requiere que dichos perjuicios hayan sido establecidos. En este

sentido, la regla "*actore incubit probatio*" adquiere toda su dimensión, a punto tal que la falta de pruebas de la existencia del dicho perjuicio, implica la denegatoria de las correspondientes súplicas del libelo.

En varias oportunidades, y ante situación probatoria similar, la Sección Tecera ha denegado los perjuicios materiales deprecados, dada la falta total de la prueba de existencia. Así, en sentencia de abril 6 de 1989, citando jursprudencia de la Corte Suprema, se dijo lo siguiente:

> "Innúmeras veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental del Derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidadd no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyen y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración" (Sentencia noviembre 10 de 1944. Magistrado Ponente: Dr. Hernán Salamanca. Gaceta Judicial, tomo 58 Nos. 2016 - 2018, pág. 1113).

En el caso de autos, la prueba de la existencia de dichos perjuicios brilla por su ausencia. En efecto, a folios 123 obra la declaración de renta del occiso del año gravable 1978. Sin embargo, dicha fotocopia no está autenticada, y en conformidad con el art. 254 del C. de P. C. no puede ser apreciada por la Sala.

De otra parte, las declaraciones testimoniales que obran en el expediente, si bien es cierto dan cuenta de la forma como sucedieron los hechos, nada establecen respecto de la existencia del perjuicio material.

En cuanto a la prueba solicitada a folio 28 del cuaderno No. 1, en el sentido de que "se oficie el cementerio Católico de Guacarí, Parroquia de ese municipio, para que informe si fue sepultado en ese lugar el señor Alvaro Gómez Pulgarín, en qué fecha y cuánto pagó la familia por ese servicio", considera la Sala que la respuesta dada al oficio No. 1401 de diciembre 9 de 1986, que obra en el folio 87 del cuaderno 1, no puede ser tenida en cuenta para los efectos que ahora se analizan, en la medida en que se limita a comunicar que la partida de defunción del señor Alvaro Gómez Pulgarín "no aparece en el libro de defunciones No. 18" y a informar que esa partida "sí está en la Notaría" del municipio de Guacarí, pero sin acreditar la existencia de perjuicio alguno.

Aasí las cosas, no se accederá a lo solicitado por la parte actora (fls. 121 y 122, C. 1) en el sentido de que para determinar la renta perdida por los deman-

dantes se tome en cuenta el salario mínimo rural vigente para la época de la muerte del señor Gómez Pulgarín, pues para que ello fuese procedente se requeriría la prueba previa de la *existencia* del perjuicio, la que como ya se anotó, no obra en el expediente.

No podrá, pues, hacerse condena "*in genere*" liquidable mediante el trámite especial contemplado en los artículos 307 y 308 del C. de P. C. ya que, se reitera, no se acreditó la existencia misma del perjuicio.

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. Declárese civilmente responsable a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL, por la falla del servicio en la que de manos de sus agentes, murió el señor ALVARO GOMEZ PULGARIN, el día 4 de enero de 1980, en las circunstancias ya analizadas.

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la NACION COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL a pagar por perjuicios morales subjetivos, los siguientes valores:

a) MIL GRAMOS ORO (1000) a la señora ROSA ARENAS CARDENAS.

b) MIL GRAMOS (1000) al señor JUAN NEPOMUCENO GOMEZ CIFUENTES.

C) MIL GRAMOS ORO (1000) a al señora MARTHA LIGIA PULGARIN DE GOMEZ.

d) MIL GRAMOS ORO (1000) a ALBA NIDIA GOMEZ ARENAS.

e) MIL GRAMOS ORO (1000) a JOSE FERNANDO GOMEZ ARENAS.

f) MIL GRAMOS ORO (1000) a OLGA LUCIA GOMEZ ARENAS.

g) MIL GRAMOS ORO (1000) a SANDRA MILENA GOMEZ ARENAS.

h) QUINIENTOS GRAMOS ORO (500) a MARIELA GOMEZ PULGARIN.

i) QUINIENTOS GRAMOS ORO (500) a LEONARDO GOMEZ PULGARIN.

j) QUINIENTOS GRAMOS ORO (500) a FLOR MARIA GOMEZ PULGARIN.

k) QUINIENTOS GRAMOS ORO (500) a MARIA AURORA GOMEZ PULGARIN.

l) QUINIENTOS GRAMOS ORO (500) a EVER GOMEZ PULGARIN.

m) QUINIENTOS GRAMOS ORO (500) a MARTHA LIGIA GOMEZ PULGARIN.

n) QUINIENTOS GRAMOS ORO (500) a YOLANDA GOMEZ PULGARIN.

o) QUINIENTOS GRAMOS ORO (500) a LUDIVIA GOMEZ PULGARIN.

Estos valores se consideran como condena "*in concreto*" y se tasarán de acuerdo con la certificación del Banco de la República, sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, y se pagarán en favor de las personas antes nombradas o a quien acredite estar facultado por ellas para recibir en sus respectivos nombres.

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.

Cuarto. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Sin costas (art. 171 C.C.A).

Cópiese, publíquese, comuníquese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha primero (1) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

*Carlos Betancur Jaramillo*, Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo*, *Gustavo de Greiff Restrepo*, *Julio César Uribe Acosta*, *Gaspar Caballero Sierra*, Conjuez.

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**ESTADO CIVIL DEL HIJO NATURAL** - Prueba (Salvamento de voto)

**La copia o certificado del registro de nacimiento de una persona no demuestra el estado de hijo natural por la mera mención que de él se haga, porque solamente tiene por objeto principal demostrar el mencionado nacimiento, a menos que, además de ello, tal registro se haya elaborado o contemple igualmente los actos voluntarios o judiciales que declaran el estado civil de hijo natural o extramatrimonial, caso en el cual este último también queda acreditado. Pero si en él no aparecen registrados algunos de esos actos declarativos de paternidad, no puede dársele el efecto legal de probar la paternidad natural, porque dicha inscripción carece del carácter constitutivo del estado civil mencionado.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.-* Bogotá, D.E., marzo cinco (5) de mil novecientos noventa (1990).

Magistrado ponente: *Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 3260. Actor: Juan Nepomuceno Gómez Cifuentes.

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA**

Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria por cuanto se considera probado el estado civil extramatrimonical de José Fernando, Olga Lucía y Sandra Milena GOMEZ ARENAS con los simples certificados que obran a fls. 23, 24 y 25 del Cdno No. 1, pero quien suscribe considera que se han debido

acompañar las actas correspondientes de cuya lectura pueda desprenderse, sin lugar a dudas, la forma como se hizo el reconocimiento, requisito que sí reune el documento que obra a fl. 22.

En esta materia quien suscribe hace suya la pauta jurisprudencial que se recoge en sentencia del 13 de diciembre de 1988, proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Pedro Lafont Pianetta, donde se lee:

> "Si bien es cierto que la copia de la correspondiente partida o folio del registro civil o el certificado expedido con base en los mismos, es la prueba en el proceso y ante las autoridades, de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personasl (arts. 105 y 106 del D. 1260 de 1970), no es menos cierto que tratándose de la inscripción de la filiación paterna extramatrimonial o natural (arts. 54 a 60, D. 1260 de 1970), ha de producirse y recoger sus actos declarativos que lo son el reconocimiento voluntario o declaración judicial de dicha paternidad (art. 1° Ley 45 de 1936 y 57 y 58 del D. 1260 de 1970) hechos en vida del padre, o sólo esta última en caso de fallecimiento de éste (arts. 1°, 10 y 11, Ley 75 de 1968)".
>
> "Por ello la copia o certificado del registro de nacimiento de una persona no demuestra el estado de hijo natural por la mera mención que de él se haga, porque solamente tiene por objeto principal demostrar el mencionado nacimiento, a menos que, además de ello, tal registro se haya elaborado o contemple igualmente los actos voluntarios o judiciales que declaran el estado civil de hijo natural o extramatrimonial (art. 113, D. 1260 de 1970), caso en el cual este último también queda acreditado. Pero si en él no aparecen registrados algunos de esos actos declarativos de paternidad, no puede dársele el efecto legal de probar la paternidad natural, porque dicha inscripción carece del carácter constitutivo del estado civil mencionado; pero en tal caso, no existiendo tal declaración de paternidad, el inscrito sí tiene interés jurídico y se encuentra legitimado para investigar judicialmente su paternidad extramatrimonial".

No tengo dudas sobre la falla del servicio, pero la dificultad que queda descrita me obliga a esta salvedad de voto.

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta.*

**ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL** - Prueba (Aclaración de voto)

**El enfoque que se sintetiza en el salvamento de voto de marzo 5 de 1990 del Consejero Ponente Uribe Acosta, no debe ser tan rotundo, ya que debe evaluarse cada certificado no en forma aislada sino en concordancia con las otras pruebas que obran dentro del expediente, tal como lo enseña el principio probatorio de la comunidad de la prueba.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., marzo ocho (8) de mil novecientos noventa (1990).

Magistrado ponente: *Dr. Antonio J. de Irisarri R.*

Referencia: Expediente No. 3260. Indemnizaciones. Actor: Juan Nepomuceno Gómez Cifuentes.

Aclaro mi voto, en vista de que he venido acogiendo la orientación doctrinaria sostenida por el señor Consejero Uribe Acosta en torno al alcance probatorio de los certificados del estado civil de hijos extramatrimoniales.

Considero que ese enfoque, que se sintetiza en el salvamento de voto de marzo 5 del presente año, no debe ser tan rotundo, ya que debe evaluarse cada certificado no en forma aislada sino en concordancia con las otras pruebas que obran dentro del expediente; tal como lo enseña el principio probatorio de la comunidad de la prueba.

En el caso concreto no queda duda del real alcance de tales certificados de nacimiento, al estimarlos con las pruebas que ponen de presente la existencia de

la relación concubinal. Relación que refuerza la credibilidad de la paternidad anotada en el certificado, por las coincidencias temporales que se observan.

Con todo respeto

*Carlos Betancur Jaramillo.*

**RESOLUCION JUDICIAL** - Errores/ **RECURSOS/ NULIDAD PROCESAL**

**En las providencias judiciales pueden presentarse errores de contenido y errores de forma. Cuando el Juez se encuentra, al momento de fallar, con un acto procesal ejecutoriado que adolece de un vicio de forma, es decir de un error no en el contenido sino de un defecto de forma que afecta la validez del acto del juez, éste no podrá desconocer su valor ni sus efectos sin declarar su nulidad, lo cual sólo podrá hacerlo cuando existe la respectiva causal y la ley le permita hacerlo de oficio o contemple un incidente para resolver el punto y si no puede hacerlo el juez menos podrá hacerlo quien, para el caso concreto, no sea juez o haya dejado de serlo por estar ejecutoriado el fallo.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.-* Bogotá, D.E., seis (6) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5650. Actor: Catalina Klinger de Urriola.

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto por la Fiscal Segunda de esta Corporación y por la parte actora contra el auto de fecha 27 de octubre de 1989 y por medio del cual el señor Consejero Ponente anuló de oficio todo lo actuado en el proceso de la referencia a partir del auto de marzo 3 de 1989, por el cual se resolvió no dar trámite por improcedente al recurso de apelación contra la sentencia de primer grado proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, incoado este último por la parte demandada.

## I. ANTECEDENTES:

1. Habiendo llegado a la Corporación este proceso por razón del recurso de apelación interpuesto, el Consejero conductor del proceso profirió el auto de 3 de marzo de 1989 (fls. 92 y 93). Esta providencia fue notificada en la forma debida y contra ella no se interpuso ningún recurso.

2. El 18 de los mismos mes y año, mediante oficio No. 160 del señor Secretario de la Sala, el expediente fue devuelto al Tribunal de origen (fl. 95), el cual dictó auto ordenando obedecer y cumplir lo ordenado por el superior (fl. 96), providencia contra la cual la parte demandada interpuso recurso de reposición (fl. 97).

3. La Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle resolvió en el sentido de abstenerse de considerar el recurso interpuesto "por improcedente" pues consideró que de acuerdo con el artículo 180 del C.C.A no cabía recurso contra el auto recurrido, agregando: "No sobra aclararle al recurrente, que debió recurrir el auto del 3 de marzo del presente año, del H. Consejo de Estado (fls. 92 y 93 Cdno. 1), por medio del cual no se dió trámite al recurso de apelación por improcedente.

"Dicho auto de acuerdo con el mismo artículo citado (el 180 del C.C.A), tenía el recurso de reposición que debió interponerlo en su oportunidad, el cual lo (sic) dejó ejecutoriar sin interponer recurso alguno. Ahora para subsanar esa omisión, propone recurso de reposición contra el auto de Obedézcase y Cúmplase dictado por el Tribunal, que es de trámite y no tiene recurso alguno".

Este auto tuvo una aclaración de voto por parte de uno de los Magistrados de la Sección, quien dijo estar de acuerdo con la decisión de su Sala pero glosó lo decidido en el auto de 3 de marzo de 1989 porque en su parte motiva se refiere a la tasación del perjuicio en la demanda que versaba sobre la nulidad de una resolución de liquidación de un contrato, cuando el proceso no relacionaba con ello, por lo que "se concluye que el auto que dictara el H. Consejo de Estado no guarda consonancia con la sentencia del *ad-quen* (sic) y la impugnación misma" y enseguida, haciendo varias consideraciones sobre la finalidad del proceso y el derecho de defensa de las partes, así como sobre la validez de los autos que en él dictan, considera que el recurso de apelación no se ha desatado y que por ello "se hubiera podido regresar el expediente al H. Consejo de Estado para lo de su cargo".

4. Contra este último, la parte demandada interpuso recurso de apelación y en su defecto pidió "la expedición de copias para interponer el recurso extraordinario de queja (fls. 105 y 106, C. 1).

El *a-quo* rechazó el recurso de apelación "por improcedente" al igual que la expedición de copias para recurrir en Queja "por considerar que de acuerdo con el art. 181 del C.C.A y con los otros arts. 377 y 378 del C.C., ninguno de tales recursos cabían".

5. En firme la providencia anterior, con fecha 1o. de septiembre de 1989 el señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo, quien había dictado en Sala Unitaria el precitado auto del 3 de marzo anterior, solicitó, mediante oficio al Tribunal *a-quo* que remitiera a su despacho el proceso en el estado en que se encontrare "para constatar circunstancia de carácter procesal" (fl. 108, C. 1) lo que fue atendido (fl. 109).

6. Con fecha 27 de octubre del mismo año, el H. Consejero citado, quien, como se recordará, había sido el conductor del caso en la segunda instancia y como tal había proferido el auto del 3 de marzo anterior resolviendo no dar trámite al recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, profirió el auto que ahora es materia de súplica por parte de la Fiscal Segunda y de la parte actora.

En este auto del 27 de octubre, en donde se repite, se resuelve anular de oficio todo lo actuado a partir del auto de marzo 3 de 1989 inclusive, explica que al recibirse el proceso en virtud de la apelación contra la sentencia se consideró la admisión del recurso pero que "al hacerlo, por error sólo imputable al despacho, al sacar la providencia en limpio, se confundió con la de otro proceso; de tal manera que éste quedó con el proveído correspondiente a aquél y viceversa". Y expresó que esa afirmación se desprende de la sola lectura del auto de 3 de marzo en donde se habla de una demanda de nulidad o restablecimiento de una resolución que no aprobó la liquidación de un contrato y que en ella no se hizo mención de la cuantía por lo cual no se podía establecer "si esta Corporación tiene competencia para resolver el recurso de apelación" lo cual indicaba entonces el error en que incurrió su despacho "porque ni se trataba de un asunto contractual ni la demanda carecía de cuantía".

Fundado en lo anterior, el H. Consejero reafirma que "hubo un error judicial –de buena fé, se entiende– que no tiene porqué favorecer a una de las partes, con desmedro de la otra, máxime cuando con la persistencia en el error se suprimía irregularmente una instancia". Agregó que dicho error "no puede hacer derecho y por tanto, deberá abrirse la segunda instancia, como oportu-

nidad para que ambas partes acaben de ejercer sus derechos procesales truncados con la desafortunada actuación" y finalmente anotó que aún si no se hubiere apelado "el proceso sería de conocimiento de esta Corporación en grado de consulta, por haber impuesto la sentencia del *a-quo* una obligación a cargo de la entidad pública demandada. Grado impuesto por la ley que debe cumplirse ineludiblemente porque sin él no se ejecutoriará la sentencia del inferior".

7. Como atrás se dijo, tanto la Fiscal Segunda de esta Corporación como la parte actora interpuesieron recurso de súplica contra la providencia anterior.

La primera, para sustentar su recurso afirma que la providencia del 3 de marzo de 1989 quedó ejecutoriada, como también lo está la sentencia de primera instancia, pues contra aquél no se interpuso ningún recurso y ésta porque "quedó en firme al agotarse el trámite que la ley establecía para el recurso de apelación", momento cuando "el Consejo de Estado perdió competencia para conocer del presente asunto", por lo cual en su concepto, con el auto suplicado "se ha incurrido en causal de nulidad" porque "el juez carece de competencia para conocer del presente asunto", porque se revivió un proceso concluido y porque se le está dando un trámite que no le corresponde (fls. 114 a 118, C. 2).

Por su parte, la segunda, es decir, la parte demandante, sostiene también la tesis de la falta de competencia del ad-quem para haber dictado el auto suplicado porque dice: "la competencia judicial para conocer y tramitar un litigio no se adquiere o pierde por voluntad del Juez o Magistrado sino por los ordenamiento legales.

"La apelación de la sentencia y la concesión (sic) del recurso le dió competencia al Consejo de Estado (numeral 1° del artículo 129 C.C.A)".

"Al ejecutoriarse el auto de 3 de marzo de 1989 (fl. 92) en el que se declaró inadmisible el recurso y se ordenó devolver el expediente al Tribunal del Valle del Cauca el Consejo de Estado perdió competencia para seguir conociendo ese asunto (inciso 2° del artículo 358 C.P.C.)", sin embargo, anota, el Consejo asume una competencia de que carece, después de dictado, además, por el Tribunal, el auto de trámite en qe se ordena obedecer lo dispuesto por el superior, el cual fue recurrido por la entidad demandada en reposición que se negó por inporcedente, y dicata el auto que se está suplicando.

Para terminar, rebate el argumento sobre necesidad de darle paso al grado de consulta porque la entidad demandada no es de las mencionadas en el artículo 386 del C. de P.C. con dicha instancia y porque aun cuando hipotéticamente lo fuera "la consulta fue eliminada por haberse interpuesto el recurso de apelación" contra la sentencia, por aquella (fls. 120 a 122, C. 1).

## PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. El recurso de súplica procede contra los autos interlocutorios que dicten los ponentes, en primera o segunda instancia, que serían apelables si hubiera debido dictarlos la Sala, como resulta del artículo 183 del C.C.A y es evidente la calidad de interlocutorio que tiene el auto recurrido, como que declara una nulidad.

2. En las providencias judiciales pueden presentarse errores en su contenido y vicios de forma, entendiendo por los últimos la falta de aquellos requisitos que las normas de procedimiento han establecido para que se produzcan regularmente y en su debida oportunidad.

Como lógicamente no es conveniente que se presenten unos u otros, el legislador ha establecido formas o maneras de remediarlos y al efecto ha consagrado los recursos y las nulidades. Los primeros de tales errores (los de contenido).

3. En las providencias judiciales pueden presentarse errores de contenido y errores de forma. Los primeros consistirán en falsas apreciaciones del juzgador sobre la correcta interpretación de la ley, la norma aplicable realmente al caso controvertido, los hechos que verdaderamente ocurrieron y sobre los que debe decidirse, etc., los segundos que se presentan cuando las providencias no se han producido con el lleno de los requisitos que las normas han establecido en relación con su oportunidad y, como lo dije su nombre, su forma.

Para remediar su ocurrencia las mismas normas establecen la manera de solucionar, mediante los recursos y los incidentes.

Ocurridos los primeros, la única manera que tiene el afectado para procurar su saneamiento es mediante el ejercicio de los recursos; los segundos se pueden solucionar también por medio de los mismos recursos o a través de los incidentes.

Como decía Jaime Guasp (Derecho Procesal Civil, Inst. de Estudios Políticos, Madrid 1968, pág. 16) el proceso, concretamente el civil, por oposición al penal, no es, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones.

El proceso, es sabido, se desarrolla a través de un encadenamiento de actos que conducen a obtener esa satisfacción que constituye su fin y a ese encadenamiento se le conoce como el procedimiento.

El proceso tiene como fundamento la necesidad de dar seguridad a los miembros del cuerpo social, de forma que su convivencia se desarrolle en forma pacífica y así se resuelvan los inevitables conflictos que en su seno puedan surgir; y, además, en igual grado de necesidad, un fundamento de justicia porque, citando de nuevo al ilustre tratadista "si las pretensiones procesales se satisfacieran de cualquier modo, acaso se obtendría la seguridad, pero de ninguna manera la justicia".

El procedimiento, como se ha dicho, está constituido por una pluralidad de actos, que están encadenados unos a otros de tal forma que unos estén precedidos de otros para que sean admisibles y los otros para que sean admisibles y los otros sigan a los anteriores para que sean eficaces, lo que conduce a que haya armonía entre ellos para evitar en últimas resultados contradictorios y obtener así firmeza en las decisiones. Pero como en toda actuación humana pueden producirse errores, las normas que regulan el procedimiento establecen formas o maneras, bien para evitarlos, bien para solucionarlos una vez producidos y para ello, se repite, en el segundo caso, es decir, cuando ocurren, se contemplan los recursos y los incidentes.

Sin necesidad de entrar en esta oportunidad en el examen de las diferentes teorías acerca de la naturaleza del proceso desde el punto de vista de la actividad que debe cumplir el juez (v. gr. inquisitoria rogado, dispositivo, etc), es necesario dejar sentado que tanto éste como las partes están ligados en el desarrollo del procedimiento por los actos judiciales que en su desarrollo se produzcan sin que éste al arbitrio de todos los que en él intervienen el estarlos cambiando según las conveniencias, los deseos o las necesidades del momento; por esto, el respeto que todos ellos deben guardar las formas que prescribe cada legislación para llegar a obtener el fin del proceso a través del procedimiento que para cada caso concreto corresponda y hacerlo dentro de las oportunidades que con el mismo propósito se hayan fijado.

Se dijo atrás que como es posible que el juez incurra en errores. Las distintas legislaciones han establecido formas o maneras de impugnar los actos erróneos por su contenido o por su forma y que para la primera clase se han consagrado los recursos y para las segundas estos mismos y además, ciertos incidentes (v. gr. de excepciones previas o de nulidad), remedios todos estos que también deban cumplirse en la forma y en el tiempo que la respectiva legislación señale con vista a respetar el principio de seguridad que se señalaba como esencial o propio de la naturaleza del proceso.

Se tiene entonces que el remedio contra los errores de contenido de un acto procesal del juez consiste en su impugnación, mediante la oportuna formulación de los recursos. Si esto no se hace por la parte interesada en

su corrección, el error quedará ahí y el juez no podrá corregirlo de oficio sino en el momento de fallar pero sí ya ha fallado y la sentencia se ejecutorió quedará ahí, invariable y la parte afectada sólo tendrá la posibilidad o de reclamar por los perjuicios que con el error se le hubieren causado exigiendo su reparación, bien del Estado, del cual hace parte la jurisdicción o bien del juez como persona, si la respectiva legislación le abre el camino para hacerlo.

Aquí se puede hablar de la cosa juzgada formal y de la cosa juzgada material para referirse a la imposibilidad de que el resultado procesal, representado en el respectivo acto pueda ser directamente impugnado y de la imposibilidad de obtener otro resultado abriendo un nuevo proceso sobre el mismo tema entre las mismas partes.

Cuando lo resuelto por el juez, bien en el fallo o bien en las etapas sucesivas y concatenadas de él no admite recurso alguno o ha precluido el momeno dentro del cual puede impugnarse y no ha sido utilizado por las partes se dice que está ejecutoriado, es decir que tiene fuerza de cosa juzgada.

Filosóficamente no se trata de que por obra del tiempo o de la inactividad del interesado el error se convierta en verdad sino de lograr por este medio que las decisiones judiciales no queden sujetas a ser cambiadas en cualquier tiempo y por cualquier causa, contrariando la necesidad de seguridad que exige la vida ordenada en sociedad, a que se hizo referencia más atrás.

La ciencia procesal ha reservado el calificativo de cosa juzgada al fallo definitivo con que ordinariamente termina el proceso y ha reservado el más modesto de ejecutoria para las otras decisiones previas o subsecuentes a aquél.

La ley colombiana es tan exigente en relación con la firmeza de las sentencias que ponen fin al proceso por no caber o haberse agotado los medios para impugnarlas que no admite que puedan ser modificadas y únicamente acepta su complementación o su adición cuando hayan omitido resolver sobre alguna pretensión, excepción o reconvención o alguna de las demandadas de procesos acumulados o sobre el pago de costas o perjuicios cuando ha habido temeridad o mala fe de las partes o sus apoderados o cuando la ley ordene que de oficio se impongan a ello dentro del término de ejecutoria (art. 311 del C. de P.C.) o permite su aclaración de oficio o a solicitud de parte, y solo dentro del mismo término, cuando existan en ellas conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que aquellos o éstos estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella (art. 309 ib).

La misma exigencia expresa la ley en cuanto a las demás providencias del juez, producidas dentro del respectivo procedimiento y por ello si los interesados no interponen los recursos que contra ellos existan, en el término de ejecutoria,

la respectiva providencia vincula al juez y a las partes sin que aquél pueda modificarla ni aclararla. El juez puede aclarar de oficio o a solicitud de parte, sus autos, dentro del término de ejecutoria (art. 309 ib).

Ahora bien, atrás se dijo que el juez, en cuanto se trate de un error de contenido, en que hubiere incurrido en un acto procesal distinto a la sentencia puede corregirlo en ésta. Querrá decir esto que a pesar de su inmutabilidad de la firmeza sobre la que tanto hincapié se ha hecho es sólo relativa y que por obra de tal corrección el acto desaparece? No, lo que se quiere significar es que la consecuencia que se derive del error de contenido puede prevenirse en la demanda mediante la afirmación de lo que era verdadero por oposición a lo que se había considerado como erróneo.

Si por el contrario se trata de que el juez se encuentra, al momento de fallar, con un acto procesal ejecutoriado que adolece de un vicio de forma, es decir de un error no en el contenido sino de un defecto de forma que afecta la validez del acto del juez este no podrá desconocer su valor ni sus afectos sin declarar su nulidad, lo cual sólo podrá hacerlo cuando existe la respectiva causal y la ley le permita hacelo de oficio o contemple un incidente para resolver el punto y si no puede hacerlo el juez menos podrá hacerlo quien, para el caso concreto, no sea juez o haya dejado de serlo por estar ejecutoriado el fallo.

Un acto procesal debe reunir ciertos requisitos para su validez, los cuales pueden ser de fondo o de forma y pueden provenir de las partes o del juez y su falta tiene como consecuencia su invalidez o su ineficacia y, en ocasiones su inexistencia. (Ver H. Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Ed. Dike, Medellín, 1987, No. 238).

Son requisitos de fondo la capacidad jurídica de la persona que los ejecuta y su debida representación cuando no obra directamente, que el autor tenga legitimación para el acto procesal que realice y que éste sea idóneo para el fin que se persigue.

Los requisitos de forma se refieren al cómo, el cuándo y al lugar donde deban ejecutarse (v. gr. procedimiento establecido, claridad o escritura del mismo, idioma establecido, firmas, oportunidad para su ocurrencia).

Ni el juez ni las partes pueden desconocer tales requisitos pues contituyen normas procesales que son de orden público y de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley (art. 6° C. de P.C) y como expresa el tratadista citado, no obedecen a simples caprichos ni conducen a entorpecer el procedimiento sino que constituyen una garantía de los derechos y de las libertades individuales, pues sin ellos no se podrá ejercitar eficazmente el derecho de defensa (ver ob. cit No. 238).

Cuando quien falta a los requisitos de forma son las partes, sus actos carecen de eficacia o son inexistentes; cuando los requisitos son de fondo y se refieren también a las partes, pero los realiza el juez, los actos son nulos (tal sucede cuando ellas con incapaces o carecen de poder suficiente o no están legitimadas).

En cambio, cuando quien falta a los requisitos de forma es el juez, los actos procesales serán nulos, si la ley les ha atribuido esta consecuencia o pueden constituir simples irregularidades que se tendrán por saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que la ley establece. En cada país, la ley o la jurisprudencia, según el caso y el respectivo sistema jurídico regulan la materia.

En nuestro país, el Código de Procedimiento Civil, expedido por el Decreto de 1980, hizo una enumeración taxativa de las causales de nulidad por falta de requisitos de forma y de fondo, en el artículo 152 de aquel y estableció que algunos de tales vicios podían ser saneables, permitiendo, cuando se refieren a nulidades absolutas que el juez pueda declararlos de oficio.

Son causales de nulidad insaneables: la falta de jurisdicción, proceder contra providencia ejecutoriada del superior o revivir procesos legalmente concluidos, pretermitir íntegramente una instancia, seguir un procedimiento distinto al que corresponda y la incompetencia funcional. (v. gr. cuando el juez permite íntegramente una instancia o revive procesos legalmente terminados).

Son saneables la falta de competencia (excepto, como se anotó, la funcional), adelantar el procceso interrumpido o suspendido, la indebida representación de las partes, la falta de notificación en legal forma al demandado del auto admisorio de la demanda o su emplazamiento y la falta o defectuosa notificación o emplazamiento de quienes deben ser citados como parte.

Son declarables de oficio por el juez: la falta de jurisdicción, el proceder contra providencia ejecutoriada del superior, el revivir procesos legalmente terminados (porque habrá en este caso, falta de jurisdicción, cuando el juez pretermite integramente una instancia (porque habrá falta de competencia funcional) y la inadecuación del trámite.

Las partes también pueden alegarlas así: demandante y demandado, la falta de jurisdicción; la falta de competencia por el demandado como excepción previa y por el demandante en la primera solicitud que formule después de admitida la demanda y luego del mandamiento de pago; la usurpación de competencia, bajo cuya denominación se agrupan el proceder, el juez, contra providencia ejecutoriada del superior, el revivir, el juez, procesos legalmente terminados y el pretermitir íntegramente una instancia, todas éstas por cualquiera de las

partes aun después de la sentencia; el adelantar proceso interrumpido o suspendido, sólo por la parte que no dió lugar a esta nulidad; la omisión de términos u oportunidades para pedir pruebas o practicarlas y para alegar de conclusión, sólo por la parte desfavorecida con la omisión, quien puede reclamarla en cualquier tiempo, durante el proceso; la indebida representación, sólo por la parte que no hubiere dado lugar al hecho que la origine; la falta de notificación en legal forma al demandado auto admisorio de la demanda o su emplazamiento, alegable únicamente por el demandado o su representante legítimo; y la falta o defectuosa notificación o emplazamiento de quienes deben ser citados como parte, alegable únicamente por la persona no citada o deficientemente citada.

Algunas de tales nulidades se sanean, además, tácitamente por no ser alegadas por quienes pueden hacerlo, en el tiempo debido (v. gr. la falta de competencia, excepto la funcional), por el demandado como excepción previa o por el demandante en la primera solicitud que formule después de admitida la demanda; la falta de notificación en legal forma del demandado del auto admisorio de la demanda o su emplazamiento, si el interesado en algún momento interviene en el proceso y no la alega, como igualmente sucede en el caso de falta o defectuosa notificación o emplazamiento de quienes deben ser citados como parte.

La nulidad originada en la sentencia que ponga fin al proceso puede alegarse cuando contra ella no proceda recurso alguno (cuando el proceso es de única instancia o cuando contra la sentencia no es susceptible de casación o revisión), como excepción en el ejecutivo o mediante incidente en los demás casos, dentro del término de ejecutoria (art. 154, C. de P.C.).

Como se habla de nulidad originada en la sentencia, las causales no podrán ser otras que la falta de jurisdicción cuando se reviven procesos terminados, cuando se dicte la sentencia estando interrumpido o suspendido el proceso y cuando se condene a quien no es parte.

Si la sentencia contiene alguna irregularidad de forma, como por ejemplo haber sido pronunciada por un número mayor o menor de los magistrados indicados por la ley, o carece de motivación, o está firmada únicamente por el secretario, el acto debe tenerse por inexistente y en tal caso cabe recurrir a la norma del art. 214 del C. de P.C., a aplicar las causales 7° y 8° del artículo 380 ibídem y pedir la revisión extraordinaria de la sentencia.

El Código de Procedimiento Civil adoptó el sistema de las nulidades taxativas de tal forma que cualquiera otra irregularidad que se presente en los actos del juez (a través de los cuales se manifiestan los hechos que originan las nulidades) no vician el procedimiento y deben entenderse saneadas si no se reclaman

oportunamente por medio de los recursos que el Código establece (art. 152 último inciso ib y art. 165 del C.C.A).

Retomando lo dicho más atrás, cuando se está en presencia de un error del juez que se traduce no en la falta de los requisitos de forma o de fondo que deben reunir los actos, sino en la justicia de sus decisiones, ellos no pueden ser corregidos por él recurriendo al Instituto de las nulidades sino que pueden ser impugnados por las partes haciendo uso de los recursos que la ley establece contra sus decisiones (reposición, apelación, etc) o por el juez, en el momento de dictar sentencia y nunca más.

En virtud del principio preclusivo resulta imposible desconocer lo decidido por el juez cuando ya no hay recurso contra ello, sin que pueda alegarse que se desconoció el derecho de defensa o que se venció a la parte sin seguir las formalidades propias del juicio, porque precisamente los recursos están instituidos para eso: para ejercitar el derecho de defensa y constituyen por ello mismo las formalidades propias del proceso.

2. De acuerdo con lo expuesto, se tiene que si el juez (en el sub-judice, el Consejero conductor del proceso) incurrió en un error en la motivación del acto que lo llevó a decidir que no era admisible el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y ordenó, en consecuencia, devolverle el expediente, contra aquel existía la posibilidad, para las partes, de recurrir en reposición o en súplica, y si no lo hicieron hay que entender que lo consintieron, sin que puedan alegar que se les desconoció su derecho de defensa (de rango constitucional, por lo demás) o que se les condenó sin seguir las formas propias del procedimiento respectivo. Y si el juez, por su parte,, no lo corrigió en tiempo podía hacerlo de oficio más tarde, cuando el acto ya estaba en firme y contra él no procedía ningún recurso, porque tal error no está constituido en causal de nulidad, pues, como se explicó, ésta debe estar consagrada en forma expresa.

3. Ahora bien, si el juez no podía hacerlo y sin embargo lo hizo, que consecuencias tiene su actuación?

Para la Sala, indudablemente que ella es nula, porque aquí si existe una causal taxativa establecida por el legislador.

En efecto, dice la norma que es nula la actuación procesal del juez que revive un proceso concluido (art. 152-3 C de P.C., art. 165 C.C.A) y por lo relatado atrás (Nos. 7 del Capítulo I Antecedentes) el proceso había culminado cuando el sr. Consejero pidió al Tribunal del Valle del Cauca que le remitiera el

expediente en el estado en que se encontrare (fl. 108), y, a pesar de ello, lo revivió declarando una nulidad mediante el auto suplicado.

Además, también cabe la providencia suplicada (el auto de 27 de octubre de 1989) dentro de la causal del numeral 2° del art. 152 del C. de P.C. por haber sido dictado cuando el mismo sr. Consejero carecía de competencia, como que ya la segunda instancia había concluido.

Prosperarán, entonces, las dos causales de nulidad citadas, que fueron invocadas por la Fiscal Segunda de esta Corporación cuando interpuso el recurso de súplica que ahora se desata.

4. Por vía de doctrina considera la Sala que es conveniente hacer las siguientes aclaraciones:

a) La fiscal Segunda al interponer el citado recurso consideró que en el auto recurrido se había incurrido también en la causal de nulidad de que trata el numeral 4° del art. 152 del C. de P.C. porque "se le está dando al presente asunto un trámite que no le corresponde".

Para la Sala, esta causal no es aplicable al caso *sub-examine*, por las razones que muy bien explica la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 14 de agosto de 1989, publicación que aparece bajo el No. 130 de los "Extractos de Jurisprudencia", Tercer Trimestre de 1989, así: "La causal 4a. del artículo 152 del C. de P.C. sobre trámite inadecuado que en esta censura se invoca dentro de la causal quinta de casación, tiene a la luz de esta Corporación, un alcance muy definido dentro de la tutela de la garantía del debido proceso".

"Sea lo primero señalar que la garantía del debido proceso mediante la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (art. 26 C.N.) la asegura la ley, de una parte, estableciendo imperativamente la clase y estructura de los procesos en que deben ventilarse los asuntos sin que de ellos puedan disponer las partes y el juez, combatiéndolos o aclarándolos; y de la otra, otorgándole al juez y las partes los remedios jurídicos para impedir o remediar su violación, para lo cual, como una de sus soluciones (pero no la única), se rigen las causales legales de nulidad y procesal, que se estructuran específicamente sobre las violaciones de los aspectos fundamentales del proceso y del procedimiento . De allí que no toda alteración o defecto procesal constituya un motivo de nulidad; ni toda causal de nulidad tenga un mismo o similar sentido específico, aun cuando generalmente se prediquen defectos procesales".

"Es así, entonces como la causal cuarta de nulidad (art. 152- 4 C.P.C.) de adopción de 'un procedimiento distinto del que legalmente corresponda', no se refiera a cualquier defecto cometido en el proceso, ni a la ordenación de las actuaciones procesales, porque con ella 'no pretende la tutela de la sucesión ordenada de las distintas etapas del proceso, sino la propia individualidad del trámite respectivo. Es decir, la causal mencionada sólo puede presentarse cuando debiéndose transitar por la vía de un determinado procedimiento, se escoge el camino de otro' (Casación del 20 de noviembre de 1980)...".

b) Como lo menciona la parte demandada al sustentar su recurso de súplica el sr. consejero en su auto recurrido expresó para justificar su decisión del 27 de octubre de 1989 (fl. 112, C. 1) que no debía olvidarse "para la apertura de la segunda instancia que aun en la hipótesis de que no se hubiera apelado, el proceso sería del conocimiento de esta Corporación en grado de consulta, por haber impuesto la sentencia del *a-quo* una obligación a cargo de la entidad pública demandada. Grado impuesto por la ley que debe cumplirse ineludiblemente porque sin él no se ejecutoriará la sentencia del inferior".

Lo anterior, que puede ser cierto, no es predicable en este caso porque, en primer término, quien apeló fue precisamente "la entidad pública demandada" en cuyo caso no era necesario que el inferior consultara su sentencia (art. 184 C.C.A) porque este grado se surte en relación con fallo sque impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública cuando no fueren apelados por la administración y aquí, se repite sí lo fue –aun cuando por error o no del Consejero conductor del proceso, se hubiera considerado improcedente, el recurso; y en segundo término, porque la segunda instancia sí se abrió, por lo cual no podía alegarse la causal 3a. de nulidad, de que trata el art. 152 del C. de P.C. porque ésta se configura sólo "cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior o revive procesos legalmente concluidos *o pretermite íntegramente la segunda instancia*" (subraya la Sala).

Si bien el juzgador de segunda instancia pudo incurrir en un error de apreciación cuando consideró que se estaba en presencia de una "demanda de nulidad o restablecimiento de una resolución que no aprobó la liquidación de un contrato y que indudablemente es susceptible de fijar el valor de la pretensión" y que en la demanda no se hizo mención de la cuantía por lo cual no se podía establecer si la Corporación tenía competencia para resolver el recurso de apelación, siendo así que el proceso era de reparación directa de los perjuicios ocasionados a la actora por la muerte de su esposo, lo cierto es que la parte interesada, en este caso la Corporación Autónoma Regional del Cauca C.V.C. pudo impugnar la providencia y no lo hizo, habiendo quedado ejecutoriada, sin que, por lo atrás explicado, dicho error pudiera corregirse por la vía de una causal de anulación

declarable de oficio, que no existe en el procedimiento civil o en el contencioso administrativo colombiano.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

**RESUELVE:**

1. Revócase el auto de 27 de octubre de 1989 proferido en Sala Unitaria por el sr. Consejero conductor del proceso, motivo del recurso de súplica interpuesto por la Fiscal Segunda de la Corporación y por la parte demandada, por haberse incurrido al dictarlo en las causales de nulidad del Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo.

2. Remítase el expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 2 de marzo de 1990.

*Gustavo de Greiff Restrepo*, *Antonio J. de Irisarri Restrepo*, *Julio César Uribe Acosta*.

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**RESOLUCION JUDICIAL** - Error/ **RECURSOS/ NULIDAD PROCESAL/ CONSULTA/ NORMA DE HABILITACION** (Salvamento de voto)

**A la luz de la ley y el Derecho no es de recibo que el error en que incurrió el Consejero conductor del proceso, prive al apelante del derecho que le asiste para que por el superior se revise la providencia del *a-quo*. Para realizar la justicia la Sala ha debido ordenar que se tramitara el recurso de apelación, con el fin de darle entrada a la NORMA DE HABILITACION.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., veintitres (23) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. 5650. Actor: Catalina Klinger de Urriola.

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA**

Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria que se recoge en la providencia calendada el día seis (6) de marzo de mil novecientos noventa, que desata el recurso de súplica interpuesto por la Fiscal Segunda de la Corporación y por la parte actora, contra el auto de veintisiete (27) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por las siguientes razones:

1. A la luz de la ley y el Derecho no es de recibo que el error en que incurrió el Consejero Conductor del proceso prive al apelante del derecho que le asiste para que por el superior se revise la providencia del *a-quo*. La circunstancia de que la parte interesada no haya impugnado, en el momento procesal oportuno, la providencia del tres (3) de marzo de mil novecientos

ochenta y nueve (1989), no puede tener, a mi juiico, el mérito de privar a la parte afectada del derecho constitucional que le asiste de ser juzgada de acuerdo con las normas preexistentes y previo el lleno de las formas propias de cada juicio. Para realizar la justicia, la Sala ha debido ordenar que se tramitara el recurso de apelación, con el fin de darle entrada a la NORMA DE HABILITACION, cuyo alcance fija FRITZ SCHREIER en su obra "CONCEPTOS Y FORMAS FUNDAMENTALES", (págs. 267 y 268). También Enrique Aftalión, en su Introducción a la Ciencia del derecho.

2. Estimo, igualmente, qu la Sala no ha debido dejar sin el GRADO DE CONSULTA la sentencia del veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), pues habiéndose impuesto a través de ella una obligación a cargo de una entidad pública, (art. 184 C.C.A), ningún error autoriza para que se deje de lado ésta normatividad. La ley no puede perder vigencia por tal causa.

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta.*

**POTESTAD REGLAMENTARIA** - Límites/ **HIDROCARBUROS** - Distribución

**Las almacenadoras de gas propano (GLP) no puden ser reglamentadas con invocación de la Ley 39 de 1987 puesto que ésta solamente hace referencia a las almacenadoras de los combustibles líquidos derivados del petróleo con expresa exclusión de las de Gas Licuado del petróleo.**

*SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el Decreto 2613 de 1989.*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: Dr. *Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 6010. Actor: José María del Castillo Abella.

Por encontrarse presentada en debida forma, se admitirá la demanda de nulidad del Decreto 2613 de 14 de noviembre de 1989 presentada por JOSE MARIA DEL CASTILLO ABELLA.

El apoderado solicitó la determinación del monto a consignar para garantizar los gastos del proceso. Como en este caso se trata de una acción pública no amerita que se de aplicación a lo dispuesto por el art. 46 numeral 4° del Decreto 2304 de 1989.

De otra parte, el actor en el capítulo X del libelo demandatorio solicita la suspensión provisional en los siguientes términos:

"En efecto, la Ley 39 de 1987, clasificó y definió a los distribuidores de combustibles líquidos derivados del petróleo. Pero el legislador al entrar a definir los conceptos de distribuidor mayorista y minorista excluyó de manera expresa, a quienes almacenaran, distribuyeran y expendieran el gas licuado del petróleo o gas propano G.L.P.

"De tal manera que cuando los artículos 4° y 8° le entregaron al Gobierno la facultad de otorgar '... las licencias de los distribuidores de petróleo y sus derivados, de acuerdo con la clasificación y normas que dicte el Gobierno Nacional y para determinar'... las sanciones a que haya lugar para los distribuidores de combustibles líquidos derivados del petróleo, tal mandato excluía a los distribuidores del gas licuado GLP, mayoristas o minoristas, por cuanto, precisamente frente a estos distribuidores, el legislador los había excluido.

"A pesar de que la excepción es clara, expresa y no admite lugar a dudas de ninguna naturaleza, el Gobierno Nacional a través del acto acusado, y diciendo hacer uso de las facultades que le confiere el numeral 3° del artículo 120 de la Carta pretendió '... reglamentar el funcionamiento y operación de estas plantas de almacenamiento y entrega de cupos de gas propano GLP'.

"Y en efecto lo hace. Así, el artículo primero determina que se entiende por 'almacenador' y de su definición se concluye que se le da el carácter de distribuidor mayorista. Y los artículos siguientes señalan las condiciones que deben cumplir las almacenadoras' para que el Ministerio de Minas y Energía les conceden su licencia de funcionamiento. Finalmente anuncia las sanciones de que puede ser objeto los 'Almacenadores'.

"Por consiguiente, al haber reglamentado el Gobierno Nacional una materia que la ley que pretendía reglamentar, previamente había excluido de manera expresa, constituye, más que un exceso en el uso de la potestad reglamentaria, la usurpación de una facultad que la Ley 39 de 1987 en forma concluyente no solo no se le entregó, sino que de manera categórica había excluido.

"Si la ley excluyó del concepto de distribuidor mayorista o minorista a quienes almacenan y distribuyen el gas licuado del petróleo GLP, no es entendible, que el Gobierno Nacional pretenda reglamentar esa ley, precisamente en esa materia. Pero como así ocurrió y la violación es claramente manifiesta, deberá suspenderse el acto acusado". (Fls. 11, 12 y 13).

## LA SALA CONSIDERA:

El artículo 152 C.C.A., dispone respecto de la procedencia de la suspensión provisional:

"2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

Se observa que la ley que se dice violada, "por la cual se dictan disposiciones sobre la distribución del petróleo y sus derivados", en el artículo 2° define a través de quienes se hace esa distribución así: "Gran Distribuidor mayorista: La Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol).

"Distribuidor mayorista: Toda persona natural o jurídica que a través de una planta de abastecimiento construida con el lleno de los requisitos legales, *almacene* y distribuya al por mayor combustibles líquidos derivados del petróleo, *con excepción del gas licuado del mismo GLP*. (Subrayas fuera del texto).

"Distribuidor minorista: toda persona natural o jurídica que expenda directamente, al consumidor combustibles líquidos derivados del petróleo, con excepción del gas licuado del mismo (GLP), por intermedio de estaciones de servicio propias o arrendadas".

Ahora bien, el Decreto Reglamentario en su encabezamiento dice expresamente "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 39 de 1987 y se dictan otras disposiciones relacionadas con las almacenadoras de Gas Propano (GLP)".

Como se observa, en el Decreto demandado se utiliza el término "almacenadoras" que en realidad corresponde en la ley al de Distribuidor Mayorista ya que por definición éste almacena los productos, pero con la expresa excepción legal del GLP, razón por la cual es evidente que en la expedición del decreto acusado, que se refiere integramente al funcionamiento de las almacenadoras, el ejecutivo rebasó la facultad reglamentaria de que goza según el artículo 120 numeral 3° de la carta.

Las Almacenadoras de GLP no pueden ser reglamentadas con invocación de la Ley 39 de 1987 puesto que ésta solamente hace referencia a las almacenadoras de los combustibles líquidos derivados del petróleo con expresa exclusión de las de Gas Licuado del Petróleo.

Si bien, en gracia de discusión, pudiera resultar que el Gobierno tiene la facultad de regular el funcionamiento de dichos establecimientos, ella a primera vista no surge de la Ley 39. Se ve claramente que la facultad reglamentaria en este caso no se desprende de la citada ley, por cuanto existe contradicción entre el epígrafe del Decreto cuando dice que se reglamenta parcialmente la Ley 39, siendo así que ésta excluye precisamente lo que se

pretendió reglamentar en aquél, que se refiere en su totalidad al funcionamiento de las almacenadoras de GLP.

Otra cosa, es que quizá existan normas que le den la facultad de reglamentar el almacenamiento de GLP; sinembargo, como la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es rogada y no de oficio, procede la suspensión provisional, por cuanto en la expedición del Decreto, el ejecutivo no solo se excedió sino que contrarió lo dispuesto en la ley invocada.

Ahora bien, el epígrafe adiciona "y se dictan otras disposiciones", lo que constituye una impropiedad por cuanto, según se puede observar, el texto del acto demandado no incluye disposición alguna diferente a las relativas a las almacenadoras de gas propano. Pudo ser que el Ejecutivo hubiera tratado de asegurar la legalidad del Decreto Reglamentario jugando dos cartas al tiempo, y, al efecto, se fundó para la expedición del Decreto en una ley que si bien está vigente, no era la acertada por la excepción expresamente contenida en ella, y de otro lado recurrió a la fórmula general "y se dictan otras disposiciones", que no tiene nada que ver con su contenido, porque éste no trata de nada distinto a la materia a que se refiere la Ley 39 de 1987, precisamente, se repite, excluyendo a las almacenadoras de gas licuado del petróleo GLP.

En consecuencia el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

**RESUELVE**

Por reunir los requisitos de ley se admite la demanda de nulidad presentada por JOSE MARIA DEL CASTILLO ABELLA.

En consecuencia, dispone:

1. Notifíquese la admisión de esta demanda al Ministerio de Minas y Energía y al Ministerio Público.

2. Fíjese el presente negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos del art. 207 C.C.A.

3. Ofíciese por la Secretaría al Ministerio de Minas y Energía con el objeto de que se halleguen los antecedentes administrativos dentro de un término de quince (15) días hábiles (art. 46 Decreto 2304 de 1989).

4. Suspéndese provisionalmente el Decreto 2613 de 1989.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha dos (2) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**POTESTAD REGLAMENTARIA/ HIDROCARBUROS** - Distribución (Salvamento de voto)

**Si bien el Gobierno no podía dictar el Decreto 2613 con apoyo en la Ley 39, sí podía hacerlo con bases en otras leyes, en especial la 1 de 1984, la cual le dió a la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Minas la facultad de estudiar y preparar los reglamentos y normas técnicas que regulan las diferentes actividades de la industría de los hidrocarburos; y a la División de Combustibles una competencia similar para regular el comercio de dichos combustibles.**

**La cita en el enunciado de un Decreto Reglamentario de la ley que dice reglamentar no es forma sustancial sino meramente accidental, carente por sí sola de efectos invalidantes, si por el contenido mismo del decreto se puede determinar cuál es la ley reglamentada.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.-* Bogotá, D.E., marzo catorce (14) de mil novecientos noventa (1990).

Magistrado ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 6010. Ordinario Minas. Actor: José María del Castillo Abella.

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO**

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria adoptada en el auto de 7 de marzo del presente año, mediante el cual se suspendió provisionalmente

el Decreto 2613 de 1989 dictado por el Gobierno Nacional, "por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 39 de 1987 y se dictan otras disposiciones relacionadas con las almacenadoras de gas propano (GLP).

Como motivo fundamental la Sala sostuvo:

"Las Almacenadoras de GLP no pueden ser reglamentadas con invocación de la Ley 39 de 1987 puesto que ésta solamente hace referencia a las almacenadoras de los combustibles líquidos derivados del petróleo con expresa exclusión de las de Gas Licuado del petróleo.

"Si bien, en gracia de discusión, pudiera resultar que el Gobierno tiene la facultad de regular el funcionamiento de dichos establecimientos, ella a primera vista no surge de la Ley 39. Se ve claramente que la facultad reglamentaria en este caso no se desprende de la citada ley, por cuanto existe contradicción entre el epígrafe del Decreto cuando dice que se reglamenta parcialmente la Ley 39, siendo así que ésta excluye precisamente lo que se pretendió reglamentar en aquél, que se refiere en su totalidad al funcionamiento de las almacenadoras de GLP.

"Otra cosa, es que quizá existan normas que le den la facultad de reglamentar el almacenamiento de GLP; sin embargo, como la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es rogada y no de oficio, procede la suspensión provisional, por cuanto en la expedición del Decreto, el ejecutivo no sólo se excedió sino que contrarió lo dispuesto en la ley invocada.

"Ahora bien, el epígrafe adiciona "y se dictan otras disposiciones", lo que constituye una impropiedad por cuanto, según se puede observar, el texto del acto demandado no incluye disposición alguna diferente a las relativas a las almacenadoras de gas propano. Pudo ser que el Ejecutivo hubiera tratado de asegurar la legalidad del Decreto reglamentario jugando dos cartas al tiempo, y, al efecto, se fundó para la expedición del Decreto en una ley que si bien está vigente, no era la acertada por la excepción expresamente contenida en ella, y de otro lado recurrió a la fórumula geneal" y se dictan otras disposiciones", que no tiene nada que ver con su contenido, porque éste no trata de nada distinto a la materia a que se refiere la Ley 39 de 1987, precisamente, se repite, excluyendo a las almacenadoras de gas licuado del petróleo GLP".

1. Para el suscrito el asunto no es tan claro como lo ve la Sala y menos con el argumento central que la ley que dice reglamentar el Decreto 2613 no contempla el GLP, o gas licuado del petróleo. Pues sí lo contempla y, precisamente al excepcionarlo de la reglamentación contenida en la misma ley, dio a entender que debía dictarse un reglamento especial, propio para ese tipo de combustible que venía sometido a un régimen diferente.

2. En gracia de discusión puede aceptarse que si bien el Gobierno no podía dictar el Decreto 2613 con apoyo en la Ley 39, sí podía hacerlo con bases en otras leyes, en especial la 1a. de 1984, la cual le dio a la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Minas la facultad de estudiar y preparar los reglamentos y normas técnicas que regulan las diferentes actividades de la industria de los hidrocarburos (artículo 23, literal e); y a la División de Combustibles una competencia similar para regular el comercio de dichos combustibles (24, literal c).

3. Para el suscrito la cita en el enunciado del Decreto 2613 de la Ley 39 que dice reglamentar, aunque fuera errada, no sería motivo suficiente para declarar su nulidad y menos con el argumento de que esta jurisdicción es rogada y no de oficio. Esto se entendería si la suspensión se hubiera decretado con fundamento en causal no alegada o por motivo legal diferente. Pero tal cosa no sucedió aquí. La Sala suspendió con sujeción a lo alegado. Si no lo hubiera hecho, por considerar que la causal no era suficiente para suspender, se le habría dado acatamiento, precisamente, al principio de la justicia rogada.

4. La cita en el enunciado de un decreto reglamentario de la ley que dice reglamentar no es forma sustancial sino meramente accidental, carente por sí sola de efectos invalidantes, si por el contenido mismo del decreto se puede determinar cuál es la ley reglamentada. En materia de suspensión provisional tampoco se puede rendir un culto exagerado a las formas de ley.

Para que el juez decrete la suspensión provisional de una norma debe aceptar que ésta viola en forma flagrante u ostensible el ordenamiento superior. violación que debe deducirse de la confrontación entre los textos y no gracias a complicados ejercicios de argumentación.

Si esa infracción no es directa, como sucede aquí, debió dejarse la calificación para la sentencia, luego de oídas las partes y el Ministerio Público. En eventos similares esa definición prematura puede implicar un prejuzgamiento sobre el fondo mismo de la controversia.

Con todo respeto.

*Carlos Betancur Jaramillo.*

## CONTRATOS SOBRE LOTERIAS

**El convenio contraido para la distribución y venta de lotería, posee los elementos propios de la contratación administrativa, en atención al elemento subjetivo de la entidad contratante. Y a pesar de que hay quienes tratan de ubicar tales convenios entre los de agencia comercial, suministros, venta, distribución o prestación de servicios, la verdad es que, dado el carácter especial que los distingue, se trata de contratos *sui generis* de naturaleza administrativa.**

**La circunstancia de que el arbitrio rentístico de las loterías tenga una aplicación específica de asistencia pública y de que tales entidades estén bajo el control de inspección y vigilancia del Ministerio de Salud, hace que los contratos sobre distribución y ventaa de los billetes para los sorteos, estén sometidos a ciertas exigencias establecidas en la ley y que además, deban sujetarse a los mecanismos de la licitación pública, para que tengan validez.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., veintitres (23) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

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

Referencia: Expediente No. 4882 (169). Actor: Sociedad Compañía de Seguros Patria S.A.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida el 29 de abril de 1986, por el Tribunal Administrativo del Huila.

## I. LA DEMANDA:

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el procurador judicial del actor demandó la nulidad de la Resolución No. 0233 del 18 de octubre de 1983, por la cual la Beneficencia del Huila declaró la caducidad administrativa de un contrato de agencia de la Lotería del Huila. Pidió, también, la nulidad de la Resolución No. 0135 del 12 de junio de 1984 que negó la revocatoria de aquella. Como restablecimiento del derecho, solicitó que se declare que no se hará efectiva la Póliza de Cumplimiento No. 12924, expedida por la Compañía demandante, en la cual figura como asegurada la Beneficencia del Huila.

El libelo narra que el 1o de octubre de 1980, se celebró entre la Beneficencia del Huila y los señores Alberto Vidal Castillo y Francisco Javier Vidal Bahamón, un contrato de agencia comercial para distribuir lotería en el municipio de Neiva. Los contratistas solicitaron a la sociedad demandantee la expedición de unaPóliza de Cumplimiento, para la vigencia comprendida entre el 15 de octubre de 1982 y el 15 de noviembre de 1983, documento que se distinguió bajo el No. 12924. El susodicho contrato de agencia no se prorrogó, ni se renovó, razón por la cual la Póliza no tenía obligación contractual qué garantizar, puesto que el contrato que se iba a amparar no tuvo vigencia para el período por el cual se había expedido. Por tanto, como la existencia del seguro depende de la validez del contrato que no se perfeccionó, no existen obligaciones contractuales qué garantizar. (fl 16 del expediente).

## II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Huila despachó la instancia el 29 de abril de 1986, mediante sentencia que decretó la nulidad de lo actuado en el proceso desde el auto admisorio de la demanda, por carencia de jurisdicción.

El proveido hace un análisis jurídico y valorativo del contrato celebrado entre la Beneficencia del Huila como contratante y Alberto Vidal como contratista, para deducir que la relación negocial es un contrato puro y simple de agencia comercial, suscrito en un plano de igualdad y gobernado por el Código de Comercio. En la parte epertinente, la providencia recurrida, discurre así:

> "Antes de entrar a fondo sobre las pretensiones demandadas, la Corporación estima pertinente dejar exclarecido que en el capítulo segundo del título catorce de nuestro actual Código Contencioso Administrativo se tiene mediante los artículos 131 y 132 la competencia de los Tribunales Administrativos a fin de que conozcan privativamente y en única instancia o en primera instancia. Es así como mediante los numerales 8° de los artículos 131 y 132,

se determina que los Tribunales Administrativos conocen en única instancia y en primera instancia respectivamente, de los asuntos referentes a contratos administrativos, interadministrativos y los de derecho privado de la administración en los que se hayan incluido la cláusula de caducidad, sean celebrados por la Nación, las Entidades Territoriales o descentrlaizadas entre los distintos órdenes y cuando la cuantía para los de única iunstancia no excedan de los dos millones de pesos o cuando excediendo esa suma, corresponda conocer a los Tribunales Administrativos en primera instancia.

"Si observamos el contrato de fecha 1o. de octubre de 1980 suscrito entre la Beneficencia del Huila y el señor Alberto Vidal Castillo, que presentara la parte demandante en su respectiva demanda y que también en el curso del proceso su fotocopia auténtica fue enviada por la Beneficencia del Huila, se tiene que el objetivo del mismo era el de celebrar un contrato de agencia comercial, cuyo objetivo conforme a la cláusula primera era el que la Beneficencia del Huila aceptará de la agencia comercial de Vidal Castillo, la distribución de la Lotería del Huila en el Municipio de Neiva, apareciendo laas obligaciones de la spartes en las cláusulas segunda y tercera. De conformidad a la cláusula sexta se estatuyó que, "cuando quiera que los billetes de la Lotería del Huila no fueren retirados oportunamente por el Agente, por acto atribuible a su culpa, éste pagará a la Beneficencia a título de indemnización de perjuicios por la no venta, y una suma igual al doble del valor total de billetes y dar por terminado el contrato".

"Mediante la cláusula octava de ese mismo contrato se estatuyó, una cláusula penal a cargo del Agente por el incumplimiento en cualquier forma a la Beneficencia, la cual podrá ser exigible por la vía ejecutiva sin necesidad de requerimientos previos. Y si se observa la cláusula décima segunda de ese mismo contrato se dice como cláusula de caducidad que, "El presente contrato es de carácter administrativo y como tal, está sometido a la cláusula de caducidad adminstrativa por las cuales señaladas por la ley y por incumplimiento de las normas pactadas".

"Así entonces, estima la Corporación que no obstante que en las cláusulas del contrato celebrado el 1o. de octubre de 1980 entre la Beneficencia del Huila y el señor Alberto Vidal Castillo, se habla de un contrato administrativo con cláusulas de caducidad, no por ello puede tenerse el mentado contrato como administrativo, ni tampoco se puede asimilar a la cláusula de caducidad, porque para lo primero lo que imprime el carácter de administativo viene a ser el sentido e interpretación de las claúsulas existentes del contrato y las prerrogativas que otorga la ley en la materiaa contractual, deben emplearse mediante términos precisos, es decir, debe pactarse la cláusula de caducidad de manera expresa, la que igualmentee es permitida en los contratos como de agencia comercial, si nos atenemos al artículo 1325 del Codigo de Comercio que nos habla de las justas causas para dar por teminado unilateralmente el contrato de agencia comercial.

"Este contrato de agencia o venta de billetes de lotería del Huila en la ciudad de Neiva, no puede entenderse como un contrato que pura y simplementee siendo de agencia comercial debe estar gobernado por el Código de Comercio y además porque la Beneficencia del Huila, al celebrarlo con vidal Castillo no pactó en ese contrato ninguna prerrogativa especial consignada en las llamadas cláusulas exorbitantes, sino que celebró en un plano de igualdad con el particular Vidal Castillo el contrato de agencia comercial, constante el mismo de dieciseis cláusulas, bastando para ello observarse las cláusulas segunda y tercera que tratan de las obligaciones de las partes.

"En cuanto se refiere a la cláusula de caducidad, si bien es cierto que mediante la cláusula sexta se dice que antee el incumplimeinto en el retiro de los billetes por parte dele Agente, éste pagará a la Beneficencia a título de indemnización de perjuicios una suma igual al doble del valor de los billetes y a dar por terminado el contrato unilateralmente, no puede en modo alguno asimilarse a u na cláusula de caducidad y ello porque incumplido el contratista en sus obligaciones tampoco lo hará –la Beneficencia del Huila, cláusulas éstas que son usuales en los contratos privados y no teniéndose pactada de manera expresa la cláusula de caducidad, ni habiéndose señalado norma legal alguna, no puede entenderse que se trate de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad.

"Referente al objeto del contrato no constituye en sí la prestación de un servicio público sino la venta de un número determinado de billetes de la lotería del Huila al señor vidal Castillo para que éste los distribuya en el municipio de Neiva. Por tanto definido el contrato como de derecho privado de la administraión en donde no está incluida la cláusula de caducidad, debemos concluir que las controversias que se deriven del mismo serán del conocimiento de la justicia ordinaria si tenemos en cuenta el numeral 8° del artículo 131 del Código Contencioso Administrativo y resultado, por ende, nula toda la actuación en el proceso desde el auto admisorio de la demanda.

## III. SUSTENTACION DEL RECURSO

A folio 92 del expediente aparece el escrito sustentatorio de la apelación, cuyos argumentos jurídicos amplía el alegato de bien probado, que obra a folio 96 del expediente. Se afirma allí que la decisión del *a-quo* es la rsultante de la errónea interpretación de la demanda. El Tribunal se extendió innecesariamente en el análisis del carácter administrativo o privado del contrato de agenciamieento para llegar a una conclusión irrelevante a los fines del proceso, pues este tuvo una finalidad diferente a la que fue objeto de la atención del Tribunal. Anota que la acción incoada fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, reglamentada por el artículo 85 del C.C.A y no la contractual de que trata el artículo 87 del mismo Código, como erróneamente lo interpretó el Tribunal. Sostiene que la

eficacia jurídica del contrato estuvo condicionada a la aprobación de la garantía por parte de la Contraloría Departamental del Huila y como esa condición no se cumplió el contrato no produjo sus efectos. El contrato de agencia expiró el 30 de septiembre de 1981 sin que el agente hubiera manifestado su intención de continuar con el agenciamiento.

El recurrente hace luego un análisis jurídico del contrato de seguro, para concluir que como el contrato de agencia no tuvo eficacia jurídica, ningún pern-juicio patrimonial sufrió el asegurado como consecuencia del incumplimiento. Agrega que el riesgo del incumplimiento o la incertidumbre del incumplimiento no era susceptible de presentarse ante la carencia de eficacia del contrato y por consiguiente la ausencia de los elementos de interés y riesgos asegurable inpedía que se cumpliera la condición a cargo de la entidad aseguradora.

## IV. VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, solicitó la revocatoria de la sentencia recurrida y en su lugar que se declare la nulidad de las resoluciones acusadas. Del concepto, que obra a folios 101 del expediente, se destaca en lo pertinente:

> "No es del caso el análisis sobre la naturaleza jurídica del contrato puesto que la acción propuesta no se dirige a obtener la nulidad de éste sino, como ya se dijo, lo pretendido por el actor es la nulidad de las resoluciones que declararon la caducidad y ordenaron hacer efectiva la póliza de cumplimiento de la compañía aseguradora demandante en el presente proceso.
>
> "Estudiado el acervo probatorio del plenario se encuentra a los folios 10 y ss las copias del contrato de Agencia Comercial de Loterías en el cual en la cláusula Décima Tercera se estipuló el término de duración de un año contado a partir de octubre 1o de 1980, se pactó además que las partes podrían suscribir nuevo contato, en orden al cual debería darse opción principal al agente previo aviso de intención y cuando la Beneficencia no tuviera motivos para prescindir de la Agencia.
>
> "A folios 13 y ss se observa un documento de fecha 27 de agosto de 1981 por medio del cual se suscribió entre las partes contratantes "otro sí" relativo al contrato en mención, en el cual se convino en modificar algunas claúsulas y se aclaró que el término de duración no se modifica pues el "otro sí" no implica novación ni prórroga del contrato original.
>
> "Forzoso es concluir de lo anterior, que el contrato de agencia comercial se pactó a término fijo de un año que se venció el 1o. de octubre de 1981; no se encuentra en el expediente ningún documento que demuestre que se hubiera convenido en una prórroga del mismo o que se hubiera modificado

el término de duración, por lo tanto la fecha señalada es la de terminación de las obligaciones contractuales.

"Se tiene así, que vencido el término contractual el 1o. de octubre de 1981, la Resolución No. 0233 por medio de la cual se declaró la caducidad de fecha 18 de octubre de 1983 resulta totalmente extemporánea al igual que la No. 0135 de 12 de junio de 1984 que decidió el recurso de reposición en el sentido de no revocar la primera.

"La extemporaneidad de los actos acusados resulta de haberse proferido cuando el término de duración del contrato ya se había cumplido toda vez que la caducidad es la facultad exorbitante de la Administración para ponerle fin a un contrato administativo cuando quiera que se den las causales señaladas en el contrato o en la ley; por lo tanto esta terminación unilateral no puede darse sino dentro de la vigencia por cumplimiento del término estipulado. Así que en el caso analizado la Administración profirió la Resolución extemporánea, lo cual conlleva a que se declare la nulidad.

"Con relación a la orden de hacer efectiva la póliza de garantía expedida por la Compañía de Seguros Patria S.A., se observa que dicha póliza fue expedida para garantizar el cumplimiento del contrato relacionado con la distribución de lotería en el municipio de Neiva, con vigencia de octubre 15 de 1982 a noviembre 15 de 1983. A la fecha de perfeccionamiento del contrato de seguro como ya se vió, el contrato de agencia de lotería no estaba vigente por vencimineto del plazo estipulado y las partes no habían acordado prórroga, o suscrito un nuevo convenio.

"Es de la naturaleza del contrato de seguro la garantía de cumplimiento contractual, la existencia del contrato principal que se dice garantizar, de lo contrario, el contrato de seguro carece de objeto por cuanto el riesgo amparado es el incumplimiento de las obligaciones contractuales que solo pueden darse una vez que el contrato principal quede perfeccionaddo y se de comienzo a su ejecución, en consecuencia no puede hacerse efectiva una póliza de garantía de un contato inexistente como se pretende en los actos impungandos". (fls. 1094 y 105 C. 1).

Rituada la instancia sin que se observe causal de nulidad que vicie lo actuado, se procede a desatar el recurso de apelación.

## CONSIDERACIONES:

A. La Sala revocará la sentencia apelada, por las siguieentes razones:

1. Para el *a-quo*, el contrato de agencia debe gobernarse por el Código de Comercio, no sólo porque se celebró en un plano de igualdad entre la Beneficencia

del Huila y el señor Alberto Vidal Castillo, sino porque en él no se pactó expresamente la cláusula de caducidad.

Para la señora Fiscal, en cambio, no es del caso el análisis sobre la naturaleza jurídica del contrato, puesto que la acción propuesta se dirigió a obtener la nulidad de las resoluciones que declararon la caducidad del contrato y no la nulidad de éste.

Estima la Sala, por el contrario, que en tratándose de una acción de restablecimiento del derecho encaminada a obtener la nulidad de actos administrativos derivados de una relación negocial, resulta lógico analizar previamente la naturaleza jurídica del contrato, para determinar luego la prosperidad de las pretensiones.

2. De los hechos de la demanda y del contexto del contrato se deduce que el convenio participa de las características propias de un contrato administrativo.

Los artículos 32 y 36 del D. L. 3130 de 1968, preceptúan:

"Artículo 32. De los contratos de los establecimientos públicos, Los contratos de los establecimientos públicos deben contener las cláusulas que sobre garantía, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas la ley exige para los del gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará por el propio establecimiento".

"Artículo 36. De las controversias relativas a contratos. De acuerdo con lo ordenado een el Decreto 528 de 1964 y demás normas pertinentes, de las controversias relativas a contratos administrativos de los establecimiewntos públicos, y a los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado en que se hubiera pactado la caducidad conocerá la justicia administativa, y la ordinaria de las originadas en los *demás contratos y en los de las sociedades de economía mixta*".

En armonía con las disposiciones precedentes, el artículo 159 del D. 150 de 1976, bajo cuyo imperio se celebró el contrato que se comenta, estipulaba:

"Artículo 159. De los contratos de los establecimientos públicos. Los contratos que celebren los establecimientos públicos se someten a las normas señaladas en el presente Decreto para los de la Nación...".

Ahora bien. A folios 22 del expediente, puede verse el siguiente documento:

"El Jefe de la División de Recursos Humanos de la Gobernación del Huila, hace constar: Que la Beneficencia del Huila, es un establecimiento público descentralizado del orden departamental, dotado de personeería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, adscrito a

la Secretaría de Gobierno, creado por ordenanza No. 42 de 1924 y reogranazada (sic) por los Decretos números 628 de 1970 y 300 de 1982".

Aunque al informativo no se trajo copia de la ordenanza y de los decretos a que hace alusión la constancia anterior, la calidad pública del documento hace fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en él hizo el funcionario que la autorizó.

En este ordeen de ideas, no cabe duda que el convenio contraído por el actor para la distribución y venta de lotería, posee los elementos propios de la contratación administrativa, en atención al elemento subjetivo de la entidad contratante. Y a pesar de que hay quienes tratan de ubicar tales convenios entre los de agencia comercial, suministro, venta, distribución o prestación de servicios, la verdad es que, dado el carácter especial que los distingue, se trata de contratos *sui- generis* de naturaleza administrativa.

3. La cláusula 12 del contrato, estatuyó:

CLAUSULA DE CADUCIDAD. El presente contrato es de carácter administrativo y como tal, está sometido a la cláusula de caducidad administrativa por las cuales (sic) señaladas por la ley y por incumplimiento de las normas pactadas".

El texto de la cláusula transcrita es de una transparencia inequívoca. En ella no sólo se bautiza con nombre propio la calidad administrativa de la relación negocial, sino que remite expresamente a las "causales señaladas en la ley" para someterlo al régimen exorbitante de la caducidad y sustraerlo del plano de igualdad. Cláusulas de esta naturaleza no son usuales en los contratos privados, como quiera que la caducidad administrativa es una prerrogativa reservada a la administración.

A juicio de la Sala, tal cláusula, además de imprimirle al contrato su vocación administrativa, consigna la voluntad de las partes de sujetarse al mecanismo de la caducidad, prevista en el estatuto contractual vigente para la época de la contratación.

Así vistas las cosas, considera la Sala que los actos administrativos atacados no podían tener vida propia, sin la preexistencia de una fuente contractual.

B. La pretensión del actor se orienta hacia la nulidad del acto que decretó la caducidad del contrato de agencia y del que lo confirmó, con la consecuente reparación del daño. Y en el alegato de bien probado, insiste en que no ha instaurado la acción contractual de que trata el artículo 87 del C.C.A., sino la de restablecimiento del derecho reglamentada por el artículo 85 del mismo Código.

1. Establecida la naturaleza jurídica del contrato que originó los actos administrativos censurados por el actor, corresponde analizar si el mencionado contrato se sujetó a las formalidades legales, para que de él se derivaran obligaciones recíprocas entre las partes contratantes y terceros que acrediten un interés directo en el contrato.

2. Ha sido reiterado el pensamiento de la Corporación en materia de contratación de las instituciones del orden departamental con personas naturales o jurídicas, para la distribución y venta de billetes de lotería. Y es copiosa, también, la legislación que regula las relaciones negociales de las entidades de Beneficencia y de las propias Juntas de Loterías, en ejercicio de sus funciones de asistencia pública.

Desde luego que la orientación jurisprudencial de la Sala en torno a este tema, ha sido reiterada en el sentido de que tales instituciones están sujetas a la inspección y vigilancia del Gobierno Nacional, conforme a las facultades conferidas a éste mediante la Ley 93 de 1938 y que, en lo que concierne con la celebración de los contratos, están sujetas a la normatividad del derecho público, tal como se reglamenta y condiciona en la Ley 64 de 1923.

3. Aunque el origen de las loterías en Colombian se remonta a la época del Virreinato de la Nueva Granada, ciertamente fue la Ley 64 de 1923 la que otorgó su establecimiento y explotación a los entes departamentales y la Ley 93 de 1938 la que atribuyó a las Juntas de Beneficencia la administración de aquellas instituciones. Tanto Beneficencias como Loterías, están reglamentadas por disposiciones paralelas, pero ambas están vigiladas estrechamente por el Gobierno Nacional y convergen hacia un mismo fin de asistencia pública.

4. La circunstancia de que el arbitrio rentístico de las loterías tenga una aplicación específica de asistencia pública y de que tales entidades estén bajo el control de inspección y vigilancia del Ministerio de Salud, hace que los contratos sobre distribución y venta de los billetes para los sorteos, estén sometidos a ciertas exigencias establecidas en la ley y que, además, deban sujetarse a los mecanismos de la licitación pública, para que tengan validez.

Al tratar un asunto similar al que se controvierte en este proceso, esta Sala, en sentencia de fecha primero (1) de octubre de 1987, expediente 4883, dicurrió así:

> "A) El contrato suscrito por la BENEFICENCIA DEL TOLIMA con el señor ARTURO MORALES FALLA, está viciado de nulidad absoluta, porque en su celebración se pretermitieron requisitos exigidos por la ley, como pasa a verse.

"La nulidad del aludido contrato es manifiesta, pues a la luz de la normatividad establecida para los contratos que celebren los Departamentos sobre loterías, se requiere *aprobación ministerial* y el sometimiento al procedimiento de la *licitación pública*.

*LICITACION PUBLICA*

"Así lo establece *el inciso 3*° del art. 1° de la Ley 64 de 1923: 'los contratos que celebren los Departamentos en desarrollo de esta ley *deberán someterse a la licitación pública* y en ella se entenderá como mejor propuesta la oferta de una mayor participación en el valor de cada sorteo para la asistencia pública del respectivo Departamento' (subraya la Sala).

"Sobre esta exigencia de la ley, la Corporación –Sala de Consulta y Servicio Civil– en concepto calendado el 21 de abril de 1972, con ponencia del doctor Luis Carlos Sáchica precisó:

"...4o. Que, en lo referente al requisito de la licitación su omisión es insalvable, insubsanable, pues la propia Ley 64 en mención no da lugar a excepciones y fija como único criterio para determinar la adjudicación del contrato el de escoger la oferta de mayor participación en el valor de cada sorteo'. (Anales 1972, primer semestre. Tomo 82. Números 433-434 pág. 165).

"*APROBACION MINISTERIAL.*

"Este requisito surge del art. 13 del Decreto 1140 de 1943, que preceptúa:

'*Todo contrato* que celebren los Departamentos sobre loterías necesita de la aprobación del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social' (Subraya la Sala).

"Igual disposición contiene el art. 2° nums. 3 y 6 de la Resolución No. 150 de 1946, emanada del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social. Esta aprobación se ejerce hoy, a través del Ministerio de Salud, conforme a lo preceptuado en los arts. 2° del Decreto 1579 de 1972, y 1o. del Decreto 155 de 1974, que subrogaron el Decreeto 0974 de 1947.

"La filosofía anterior se explica, porque las Beneficencias y las Loterías son objeto de inspección y vigilancia por parte del Gobierno Nacional (art. 6° Ley 93 de 1938 y art. 1° del Decreto 1140 de 1943), con el fin de sustraer los ingresos por concepto de loterías, de la administración financiera general de las entidades territoriales y colocarlos bajo manejo separado, en 'cuenta especial', sin que en ningún caso, puedan entrar a formar parte del acervo común de la entidad que las haya organizado. Así lo dispone el art. 13 de la Ley 64 de 1923, la que con su Decreto Reglamentario No. 66 de 1975, establece además que el producido de las loterías legalmente estable-

cidas en el país, deducidos los gastos de administración, será destinado con exclusividad para la asistencia pública del territorio respectivo, y deberá transferirse directamente a los Servicios Seccionales de Salud".

Dentro del marco jurisprudencial anterior, son dos las limitantes que establece la ley a las instituciones de utilidad común para la distribución y venta de loterías, en orden a asegurar la destinación de su producto y garantizar la escogencia de quien ofrezca mayor participación en el valor de los sorteos:

a) Aprobación del Ministerio de Salud Pública (Dec. 1140 de 1943).

b) Sujeción al procedimiento de la licitación pública (Ley 64 de 1923, art. 1°).

C. Analizado el acervo probatorio que obra en el proceso, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

1. Que el 1o. de octubre de 1980, entre la Beneficencia del Huila y Alberto Vidal Castillo y Francisco Javier Vidal, se suscribió un contrato para distribuir la lotería de la Beneficencia, en el municipio de Neiva (f. 10 C. 1).

2. Que la sociedad Compañía de Seguros Patria S.A., expidió el 19 de octubre de 1982, la póliza de cumplimiento No. 12924 para garantizar el contrato de distribución de lotería, desde octubre 15 a noviembre 15 de 1983 (f. 14 C. 1).

3. Que por Resolución No. 0233 de octubre 18 de 1983, el Gerente de la Beneficencia del Huila, declaró la caducidad del contrato de distribución, por incumplimiento del contratista (f. 3 C. 1).

4. Que por Resolución No. 0135 de junio 12 de 1984, el Gerente de la Beneficencia del Huila no revocó la Resolución No. 0233 de 1983 y ratificó la orden de hacer efectiva la Póliza de cumplimiento No. 12924, expedida por la Compañía de Seguros Patria S.A. (f. 7 C. 1).

5. Que la Beneficencia del Huila, celebró el contrato sin someterlo al procedimiento licitatorio, ni a la aprobación del Ministerio de Salud Pública.

(...) Surge de lo precedente que el contrato suscrito entre la parte actora y la entidad demandada, adolece la nulidad absoluta por haberse omitido el doble requisito de la licitación pública y la aprobación del Ministerio de Salud. Nulidad que por disposición legal, puede y debe ser declarada de oficio por el juez administrativo, "cuando aparezca plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes". (art. 87 C.C.A., modifcado por el art. 17 deel Decreto 2304 de 1989).

D. Se aparta, pues, la Sala de las consideraciones expuestas por la agencia del Ministerrio Público, en el sentido de que "no es del caso el análisis sobree la naturaleza jurídica del contato puesto que la acción propuesta no se dirige a obtener la nulidad de las resoluciones que declararon la caducidad y ordenaron hacer efectiva la póliza de cumplimiento de la compañía aseguradora demandante en el proceso...".

El orden lógico de las cosas impone primero el estudio de los requerimientos legales que hacen válida la existencia del contrato, de modo que, anulado aquél por la pretermisión de formalidades que las leyes prescriben para su validez, es apenas natural que se prescinda del estudio de los actos administrativos derivados de una relación contractual que no nació a la vida jurídica.

Así las cosas, se declarará la nulidad absoluta del contrato que dió origen a este proceso, sin que haya lugar a restituciones de carácter económico, por cuanto la declaratoria de nulidad no fue pedida expresamente, sino delcarada de oficio por el juez.

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 del Huila, el 29 de abril de 1986 y en su lugar,

**SE DISPONE:**

Declárase de oficio la nulidad absoluta del contrato celebrado entre la Beneficencia del Huila y Alberto Vidal Rep. Francisco Javier Vidal B. (hijo), el 1o. de octubre de 1980.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**LEGITIMACION PROCESAL/ PODER ESPECIAL/ BIEN BALDIO** - Adjudicación/ **CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO**

**Reitera la Sala la idea de que la nulidad de una adjudicación, pedida por cualquier persona, restablece el derecho del propietario afectado con dicho acto, porque esa nulidad con la obligada y consecuencial cancelación del registro del acto de adjudicación, vuelve las cosas al estado anterior; es decir a ese propietario se le revive en la oficina de Registro correspondiente la inscripción de su derecho de dominio.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E. marzo veintitres (23) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5471. –Incora–. Actor: Jaime Pumarejo Certain.

Procede la Sala a decidir el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 5 de octubre de 1989, tanto por el señor apoderado del señor Mattos Liñán como por el apoderado de la parte demandante.

Se reesuelve en primer término la correspondiente a aquél señor, pese a que su escrito es francamente irrespetuoso para la Sala.

**SE CONSIDERA:**

1. Los poderes de interpretación del juzgador se desprenden no sólo del espíritu general de la Legislación Procesal, sino del mandato contenido en el artículo 4º del C. de P.C. que reza: "Al interpretar la ley procesal, el juez deberá

tener en cuenta que el objeto del procedimiento 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 del derecho procesal, de manera quqe se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes".

Apoyados en esos principios resulta fácil interpretar los términos de la demanda presentada por el Doctor Jaime Pumarejo Certain; interpretación que mostró una clara acción de nulidad con restablecimiento, dados los términos inequívocos del *petitum* en sus pretensiones primera (a folio 124), segunda y tercera.

Esos poderes interpretativos cuando se refieren a las demandas, se ejercen, tal como lo dice la jurisprudencia, en forma armónica y conjunta; vale decir, en conjunción con los distintos extremos que la comrpenden o compendian. Por eso se dice que el juez al interpretar los alcances de una demanda tendrá en cuenta no sólo su texto sino también los poderes y anexos.

El poder que obra a folios 1 del expediente, armoniza sin duda alguna, con la demanda presentada. Y ese poder, en la forma concebida, no puede entenderse racionalmente como otrogado para un contencioso de simple nulidad, con fines del sólo mantenimiento del orden jurídico. Baste observar para desvirtuar tal afirmación que ese poder se dio por un comunero para demandar la nulidad de unos actos que según él lesionan sus derechos y los de la comunidad. Si así no fuera no se habría mencionado en dicho memorial que los actos impugnados hacian referencia al "predio rural La Isla de propiedad de los suscritos demandantes" y que ese poder se otrga" en general para hacer uso de cualquier medio o institución procesales que persigan la defensa de mis derechos y el de las personas que represento.

2. En parte alguna se lee que el apoderado de la parte demandante recibió poder "para formular exclusivamente una pretensión *de simple nulidad*".

El poder habla solamente de "demanda de nulidad"; y fuera de que tanto en las antiguas acciones de nulidad y de plena jurisdicción la declaración de nulidad era común, como lo era también durante la vigencia de los artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984 y lo es hoy en el Decreto 2304 de 1989 (acción de nulidad y de nulidad y restablecimieento), en la terminología de la Ley 135 de 1961 se habla de nulidad, sin precisar o hacer distinción alguna si esa declaración restablece o no el derecho particular de la persona afectada con la medida. No puede olvidarse que en la Ley 135 de 1961 la acción de nulidad de los actos adjudicación de baldíos era una acción diferente o *sui generis*, que no encajaba

exactamente en los tipos de impugnación propios de los actos administrativos creados por la Ley 167 de 1941 (nulidad y plena jurisdicción).

Y no encajaba en éstas porque el legislador la organizó con otros supuestos. Así le dio una legitimación especial a los procuradores agrarios; le señaló en término de caducidad de dos años; permitió la calificación de poseedor de mala fe al adjudicatario "sobre cualquier exceso que se hubiere adjudicado en relación con las cabidas que señala la ley; autorizó, por razones de carácter probatorio, la revisión oficiosa, a nivel gubernativo, de las adjudicaciones hechas; y dispuso que decretada la nulidad de una adjudicación, sin distinguir entre nulidad o plena jurisdicción, debía ordenarse la cancelación del registro hecho en la oficina de instrumentos públicos de la adjudicación correspondiente.

Estas notas tipificantes de una acción especial que no encaja exactamente ni en la pública de nulidad ni en la de restablecimiento, constituyen elementos de juicio para la interpretación de la demanda formulada por el Doctor Jaime Pumarejo Certain. En otras palabras, la acción no puede enfocarse con exclusividad desde la perspectiva de las acciones clásicas o tradicionales del sistema contencioso administrativo colombiano.

3. Son tan claros los poderes de interpretación del juez frente a las demandas que éste deberá ordenar el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. Esta posibilidad extrema, que no se dio aquí, muestra el alcalde de esos poderes y el tratamiento que a una demanda le puede dar, aunque sus términos no encaje en una formulación ortodoxa.

4. Reitera la Sala la idea de que la nulidad de una adjudicación, pedida por cualquier persona, restablece el dereecho del propietario afectado con dicho acto, porque esa nulidad con la obligada y consecuencial cancelación del registro del acto de adjudicación, vuelve las cosas al estado anterior; es decir a ese propietario se le revive en la oficina de Registro correespondiente la inscripción de su derecho de dominio.

Este es el sentido restablecedor que se recalca tanto en este proveido como en el recurrido.

En parte alguna se ha dicho que ese efecto restablecedor definirá un conflicto de dominio y dejará sin efectos contratos celebrados con posterioridad al acto de adjudicación. Entre otras razones, por que aquí sólo se estudia la admisión de la demanda. Decir otra cosa, por ejemplo, cuál sería el restablecimiento concreto de prosperar la nulidad, implicaría un torpe prejuzgamiento. en la sentencia, como es lógico, en el evento de su prosperidad, se decidirá cuál es su real alcance o efecto.

5. La caducidad de la acción de nulidad contra el acto de adjudicación con un término de dos años, cualquiera fuera la persona demandante, inclusive, como es obvio, la directamente afectada en su derecho de propiedad, fue acogida y reiterada jurisprudencialmente durante varios lustros y sirvió de base para unificar el término de caducidad de dos años en el inciso 6° del artículo 136 del C.C.A. Nunca quiso el legislador darle a la persona directamente afectada con la adjudicación, un derecho de acción restringido en relación con las demás personas carentes de interés concreto.

Si alguna duda existiera sobre la oportunidad de la demanda, el Decreto 2304 de 1989, en su artículo 26, lo despejó con creces. En esta norma, que viene a ser el nuevo 143 del C.C.A., se lee en su inciso 4°.

> "En caso de falta de competencia se ordenará enviar el expedientee al competentee, a la mayor brevedad. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la Corporación que ordena la remisión".

Muestra el expediente que la demandda se presentó ante esta Corporación el 28 de junio de 1984 (a folio 134 del cuaderno principal), cuando ni siquiera había corrido la mitad del término de caducidad.

6. En lo que toca con el alcance del artículo 139 del C.C.A., en armonía con el 85, la Sala hace suya la excelente argumentación que expuso el señor Consejero de Greiff Restrepo en su aclaración de voto de 5 de octubre de este año. Y la hace suya porque es un acertado análisis de uno de los puntos de la presente controversia y porque contesta buena parte de los argumentos expuestos por el recurrente. (Nota de Relatoría: aparece publicada en el Tomo VI de Extractos de Jurisprudencia del Consejo de Estado. Edición Caja Agraria).

Dice el señor Consejero citado:

> "1.6. 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 si 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 publicación en medio no oficial y no autenticada por el "funcionario correspondiente" (inciso 3°) 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 expresará asi 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 solo 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 si se obutvo 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 ó 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.

"2. 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 que se trata de término de caducidad es de dos años, según jurisprudencia

de esta Corporación sentada 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 otorga miento 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).

"3. 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 consideracionees 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 1061, que podría anunciarse así: No es la generalidad o particularidad del actor administrativo impugnado lo que determina si una acción es de nulidad o es de restableecimiento 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 qeu 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 restablecimieento pues la decisión que se tome por la jurisdicción en el sentido de anular tales actos, citados a manera de ejemplo, lleva imkplícita la pretensión de reestableecimiento".

7. finalmente la Sala recuerda que la valoración probatoria deberá hacerse en el fallo. Allí se calificará el alcance de las distintas pruebas aducidas con la demanda y las demás que oportunamente se incorporen al proceso. En este orden de ideas se volverá como es obvio, sobre los certificados y otros documentos que las partes hayan aportado, en especial los que hagan referencia a la prueba de la legitimación.

Visto lo anterior, la Sala pasa a estudiar el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el mismo auto de octubre 5 de 1989, en cuanto éste inadmitió la demanda en relación con Eva Certain de Pumarejo, Beatriz Elena Pumarejo Certain, Alberto Mario Pumarejo Certain, Olga Pumarejo Saénz y Roberto Pumarejo K. La razón de dicha inadmisión radicó en que el poder otorgado por las citadas personas al Doctor Jaime Pumarejo Certain, en su carácter de comuneros del predio "La Isla", no reunía las exigencias legales por ser de carácter general, ya que no se otrogó por escritura pública.

Pues bien. Con el escrito de reposición que obra a folios 28 y siguientes del cuaderno principal se acompañaron los poderes especiales que las mencionadas personas otrogaron al Doctor Fernando D. Escolar de Castro, con excepción de la señora Eva Certain de Pumarejo; poderes que se dieron para isntaurar una acción de restablecimientro contra las resoluciones que adjudicaron como baldío el citado inmueble. Así, obran en el expediente, en su orden, los poderes otorgados con sujeción a la ley procesal por los siguientes señores: Alberto Mario Pumarejo C., Beatriz Elena Pumarejo C., Olga Pumarejo de Saénz y Roberto Pumarejo K.

En relación con estas personas se repondrá el auto, no así frente a la señolra Eva Certain de Pumarejo, la que no confirió poder.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera.

**RESUELVE:**

1. Confírmase el auto de 5 de octubre de 1989 en todas sus partes, menos en aquélla que toca con la inadmisión de la demanda de las siguientes personas: Beatriz Elena Pumarejo C., Alberto Mario Pumarejo, Olga Pumarejo de Saénz y Roberto Pumarejo K.

En otros términos, la demanda se admite también frente a las citadas personas y se mantiene la inadmisión frente a la señora Eva Certain de Pumarejo.

Cópiese, notifliquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 22 de marzo de 1990.

*Carlos Betancur Jaramillo*, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo*, *Antoni J. de Irisarri Restrepo*, *Julio César uribe Acosta*, *William Salazar Luján*, Conjuez;.

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DEL DOCTOR GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E. abril catorce (14) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo*.

Referencia: Expediente No. 5471. Actor: Jaime Pumarejo Certain.

Aun cuando sigo considerando válida la tesis expuesta en el auto recurrido acerca de acciones de nulidad en las que automáticamente puede producirse el restablecimiento del derecho, cambié de parecer en cuanto a su aplicabilidad en el *sub-judice* porque aquí de lo que se trata es de un caso en el cual al apoderado judicial se le confiere poder para adelantar un proceso de nulidad y lo emplea para incoar uno de nulidad *con restablecimiento del derecho*, para lo cual carecía de facultad.

*Gustavo de Greiff Restrepo.*

**SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA/ EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO** - Prueba de su existencia

**Como la existenica y representación de una sociedad de cualquier clase (sea de economía mixta o no) se demuestra con certificado de la Cámara de Comercio que corresponde al lugar de su domicilio social, esta es la prueba que debe presentarse cuando la persona jurídica que deba intervenir en el proceso sea una sociedad de economía mixta. Si se tratare de una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, no habrá necesidad de acreditar su existencia como quiera que debiendo esa existencia a la ley, exclusivamente, el conocimiento de ésta se presume de derecho, pero si la empresa de este tipo es del orden departamental o municipal el demandante deberá acreditar la ordenanza o el acuerdo que la hubiere creado, ya que el conocimiento de tales actos no se presume.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5974. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya.

Agotada la tramitación de ley, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpretado por la parte actora contra el auto de fecha 17 de junio de 1989, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio del cual se inadmitió "la demanda entablada, por falta de jurisdicción" (fls. 27 y 28).

## PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. El actor dice en su demanda que ejercita una acción pública de nulidad con suspensión provisional del "acto administativo separable contenido en el Acta No. 125 de la Empresa de Obras Sanitarias de Ibagué S.A., –EMPOIBAGUE S.A.– de fecha 7 de julio de 1988", en la parte en donde consta que el Consejo Directivo de dicha empresa aprobó un contrato de arrendamiento de un local donde funcionaría la entidad.

El mismo actor, en su libelo señala como demandada a "la empresa industrial y comercial del Estado, del orden municipal (o sociedad de economía mixta, sujeta al mismo régimen) denominada EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE IBAGUE, S.A. –EMPOIBAGUE, S.A..."

2. El quinto inciso del artículo 139 del C.C.A., (tal como fue subrogado por el art. 25 del Decreto Ley 2304 de 1989, que en este punto en nada cambio al que existia) exige acompañar a la demanda "la prieba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso".

El demandante en el presente caso no acreditó en ninguna forma los extremos citados (existencia y representación de la Empresa de Obras Sanitarias de Ibagué S.A., EMPOIBAGUE S.A., tal vez por pensar que se trata de una persona de derecho público pues la señala como "una empresa industrial y comercial del Estado, del orden municipal (o sociedad de economía mixta, sujeta al mismo régimen)".

Las empresas industriales y comerciales del Estado constituyen una especie del género entidades descentralizadas (art. 1°, Decreto 3130 de 1968) y su creación debe obedecer a decisión legislativa (art. 76-10 de la Constitución Política y art. 6°, Decreto 1050 de 1968).

Las sociedades de economía mixta son otra especie del mismo género (art. 1°, Decreto 3130 de 1968) y su existencia se origina no sólo en decisión legislativa sino, además, en un contrato de sociedad (art. 8°, Decreto 1050 de 1968) y como lo expresó la Corte Suprema de Justicia "pueden constituirse bajo cualesquiera de las formas de sociedad previstas en el Códdigo de Comercio, colectivas, en comandita simple o por acciones, de responsabilidad limitada o anónima, ya que la ley colombiana no señala ninguna en especial" (Sala Plena, sentencia de febrero 27 de 1975, Gaceta Judicial No. CLII, pág. 39) y ordinariamente, su capital está formado por aportes estatales y de capital privado.

Se dice que ordinariamente, porque puede darse el caso de sociedades de economía mixta con capital enteramente aportado por entidades públicas, como

sucede cuando, tambiéen con autorización legislativa, (art. 21, Decreto Ley 130 de 1976), se crean por estas entidades, en cuyo caso quedan sometidas a las normas previstas por las empresas industriales y comerciales del Estaddo (art. 4°, Decreto Ley 130 de 1976).

Las entidades descentralizadas mencionadas, también pueden ser creadas por los departamentos, intendencias comisarias y municipios, como fue consagrado expresamente por la reforma constitucional de 1968 (art. 187-6 y 197-4, de la Constitución Política), requiriéndose en este caso, siempre, de estatuto legal que reglamente su creación y funcionamiento. En el orden departamental este estatuto es en la actualidad el Decreto Ley 1221 de 1986 (Código de Régimen Departamental) y en los órdenes intendencial y comisarial el Decreto Ley 467 de 1986. Además, pues, de la ley, su creación requiere o de una decisión de la respectiva asamblea departamental, o del concejo municipal o del Gobierno Nacional, según el orden correspondiente y si se tratare de sociedades de economía mixta, con participación o no de capital privado, de un contrato de sociedad.

Como la existencia y representación de una sociedad de cualquier clase (sea de economía mixta o no) se demuestra con certificado de la Cámara de Comercio que corresponda al lugar de su domicilio social (art. 117, C. de Co.), esta es la prueba que debe presentarse cuando la persona jurídica que deba intervenir en el proceso sea una sociedad de economía mixta. Si se tratare de una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, no habrá necesidad de acreditar su existencia como quiera que debiendo esa existencia a la ley, exclusivamentee, el conocimiento de ésta se presume de derecho, pero sí la empresa de este tipo es del orden departamental o municipal el demandante deberá acreditar la ordenanza o el acuerdo que la hubiere creado, ya que el conocimiento de tales actos no se presume.

Como en el *sub-judice*, según lo indica la demanda, se ataca un pretendido acto administrativo de una sociedad de economía mixta del orden municipal, ha debido presentarse el certificado de la Cámara de Comercio del lugar de su domicilio social, lo que por no haberse hecho si el proceso estuviera para fallo, debería dar lugar a una sentencia inhibitoria, que como es sabido "es aquella en la cual el Juez ni niega ni afirma que el derecho material pretendido exista, sino que se limita a declarar que no puede resolverse sobre la existencia de ese derecho, o en otras palabras, es aquella en la cual el juez se abstiene de entrar a considerar la cuestión debatida o controvertida, (J. Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal, Tomo I.,. pág. 364, Ed. A.B.C. Bogotá, 1985) y tiene lugar cuando la relación procesal se constituye irregularmente por defecto en los presupuestos de capacidad para ser parte y demanda en forma o cuando el litisconsorcio necesario es incompleto o hay indebida acumulación de pretensiones" (C. de E., Sala de

lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de junio 22 de 1989, Exp. No. 5494, Actor: María Odilia Muñoz vda de Aguirre y otros).

Como el proceso apenas se incia y se trata sólo de decidir sobre la admisión o inadmisión de la demanda, bastaría lo expuesto para confirmar el auto apelado, pero no por la razón en que se fundó el *a-quo* para proferirlo. Sin embargo, aún cuando el actor hubiera acreditado la existencia y representación de la sociedad de economía mixta que profirió el acto –que él califica de administrativo– también la demanda debe ser inadmitida por la misma razón que tuvo el *a-quo*, con base en las consideraciones que siguen:

3. Se fundó el Tribunal para tomar su decisión en que a) el contrato de arrendamiento a que se refiere la decisión del Consejo Directivo se rige por las normas y principios del derecho privado, de acuerdo con el artículo 273 del Decreto 1333 de 1986, y parte de que, por no haberse pactado cláusula de caducidad, los requisitos que aquél debía cumplir eran los usuales para los contratos entre particulares, según el artículo 2154 del "Estatuto de Contratación Administrativa".

b) "En materia contractual no existe la acción popular, y quien demande, debe demostrar algún interés", y

c) "Si bien es cierto que se está demandando el acto de aprobación proferido por la Junta Directiva de Empoibagué, ni se está en presencia de un acto administrativo sino que le corresponde (sic) al contrato de arrendamiento celebrado por el Gerente, y no es más que un requisito adicional para la validez de tal convenio, y no podría entrarse a conocer de él independientemente, sin que resulte afectado el contrato mismo".

4. El demandante apoya su recurso de apelación en que el acto que se acusa es un acto precontractual, separable del contrato, el cual, de acuerdo con el inciso final del artículo 87 del C.C.A., es controlable por medio de las otras acciones previstas en este Código "entre las cuales está –obviamente– la ACCION PUBLICA DE NULIDAD..."

Pero, dice el apelante, "En cambio, para el suscrito demandante sí es muy respetable la opinión sobre una posible falta de jurisdicción, por parte del Tribunal, en cuanto la sociedad demandada participa de la naturaleza de las sociedades de economía mixta, las cuales están sujetas a regímenes distintos de otro tipo de entidades descentralizadas del Estado, como los establecimientos públicos, por ejemplo. Y en este caso, es saludable la revisión de la providencia impugnada por parte del Honorable Consejo de Estado para consolidar un criterio definitivo con respecto a la viabilidad de la acción". (fls. 29 y 30).

5. De la relación que precede resulta que el actor dice estar ejercitando una acción pública de nulidad con suspensión provisional de un acto administrativo consistente en la aprobación del Consejo Directivo de una sociedad de economía mixta, la Empresa de Obras Sanitarias de Ibagué S.A. –EMPOIBAGUE S.A., dio a un contrato de arrendamiento de un inmueble.

El artículo 8º del Decreto 1050 de 1968 define las sociedades de economía mixta como "organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho pirvado, salvo las excepciones que consagra la ley".

El Código de Comercio, a su vez, dice en su artículo 461 que "son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario".

Caracterizan a las sociedades de economía mixta:

a) Ser de creación o autorización legal y contractual. A semejanza con otras entidades descentralizadas (establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado), las sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas por la ley, pero a diferencia con ellas no basta la autorización o creación por la ley, sino que se requiere la celebración de un contrato de sociedad que se rige por el Código de Comercio en cuanto a sus requisitos de forma y de fondo.

b) Tener funciones industriales y comerciales, En estos se asemejan a las empresas industriales y comerciales del Estado, pero más a las sociedades comerciales privadas, pues existirá reparto de utilidades o pérdidas lo que no sucede en las primeras.

Como en el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, la ley puede adscribirles funciones de carácter administrativo *de manera excepcional*.

c) Poseer personería jurídica. El inciso 2º del artículo 98 del Código de Comercio lo dice: "La sociedad una vez contituida, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". Este atributo lo tienen también las empresas industriales y comerciales del Estado.

d) Tener autonomía administrativa. Los socios, en el contrato social determinan la forma de funcionamiento de los órganos que la componen Asamblea de

Socios, Junta Directiva o Consejo Directivo, Gerente, Presidente o Representante Legal, etc.

El Título VII del libro Segundo del Código de Comercio contiene las disposiciones especiales que rigen la forma de funcionamiento de este tipo de sociedades.

El artículo 13 del Decreto 3130 de 1968 expresa que "en los estatutos de las sociedades de economía mixta que gocen de ventajas financieras o fiscales o que tengan a su cargo la prestación de un servicio público, se señalarán los actos que requieran para su validez el voto previo y favorable de los representantes del Gobierno en sus órganos directivos", lo que confirma que son los mismos socios quienes, en el contrato social, determinan el grado de control interno a que se sujeta la sociedad, de acuerdo con la ley, naturalmente.

e) Su capital está formado con aportes públicos y privados. Los aportes públicos, o, mejor, del Estado pueden consistir, "entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita, auxilios especiales, etc. El Estado también podrá aportar concesiones". (art. 463 C. de Co.).

Como lo expresa el doctor Libardo Rodríguez en su obra Derecho Administrativo –General y Colombiano (Editorial Temis 5a. edición, Bogotá 1989, pág. 102), "Esta conformación de su capital hace que también en este aspecto las sociedades de economía mixta sean más autónomas respecto del poder central que las empresas industriales y comerciales del Estado. En efecto, al existir participación económica de los particulares, estos intervienen en el manejo y adopción de decisiones según el monto de su aporte. O sea, que ya no es el Estado quien decide por sí solo, sino que tiene que utilizar el acuerdo de voluntades con sus socios".

"Inclusive en materia de control fiscal también se muestra esta mayor autonomía, pues según lo ha considerado la jurisprudencia, "la supervigilancia fiscal de la contraloría solo llega hasta el momento del aporte de la nación a la sociedad de economía mixta, para reanudarse posteriormente sobre los dividendos o utilidades que puede percibir la nación en el ejercicio social por virtud de su aporte. (Corte Suprema de Justicia, sent. 24 de abril de 1980, G. J., T CLXII, págs. 70 y ss.)".

f) El poder central ejerce cierto control sobre ellas. Este poder se manifiesta, entre otros casos en el nombramiento por parte del Presidente de la República, de representantes en la Junta o Consejo Directivo (art. 28, Decreto 1050 de 1968) y en la exigencia del voto afirmativo de los representantes del Gobierno para la de ciertos actos (art. 13, Decreto 3130 de 1969).

Lo que se deja dicho sobre poderes del Gobierno y control fiscal se aplica a las sociedades de economía mixta del orden departamental y minicipal, referido claro está, a los gobiernos de estas entidades territoriales.

De las características anotadas importa destacar la referente a las funciones industriales o comerciales que llevan a sentar que a las actividades de las sociedades de economía mixta se aplica, como regla general, el derecho privado y solo por excepción el derecho público. Estos últimos casos serán los relativos a las relaciones de dichas sociedades con la administración central, departamental o municipal, en su caso; cuando la ley les confiera expresamente el ejercicio de funciones administrativas; en materia contractual, en los eventos que enseguida se indican; y en material laboral, cuando la participación estatal sea igual o superior al 50% y menor del 90%, sus empleados tiene la calidad de trabajadores oficiales, pero los de dirección o confianza que se señalen en sus estatutos serán empleados públicos.

En lo que interesa para la materia que debe decidirse en el *sub-judice*, hay que anotar que en el campo contractual todos los contratos que estas sociedades de economía mixta celebren, se consideran regidos por el derecho privado y solo cuando el estado posea el 90% más de su capital social y los contratos que celebre sean los de obras públicas y empréstitos y o de otra clase en los que se incluya la cláusula de caducidad (arts. 3 y 34 del Decreto 3130 de 1968; 3° del Decreto 130 de 1976; 1°, 221 y 257 del Decreto 222 de 1983, 256 y 259 del Decreto 1222 de 1986; y 164 del Decreto 1333 de 1986), se consideran administrativos y sometidos al derecho público.

De acuerdo con lo anterior, sólo en los casos en que por excepción se aplica el derecho público a las sociedades de economía mixta y que arriba se han enumerado, los actos que expidan serán actos administrativos y los conflictos que surjan sobre ellos serán de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

6. En el caso de autos, como el acto acusado se refiere solamente a la aprobación por parte del Consejo Directivo de la Sociedad de Economía Mixta Municipal, denominada Empresa de Obras Sanitarias de Ibagué S.A. EMPOIBAGUE S.A. de un contrato de arrendamiento, sin cláusula de caducidad, es claro que este acto no tiene el carácter de administrativo en sentido *ius* administrativo y, por consiguiente, la decisión sobre su legalidad no es de competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art. 82 C.C.A).

En mérito de lo expuesto,

**SE RESUELVE:**

Confírmase el auto proferido el 17 de junio de 1989 por el Tribunal Administrativo del Tolima por medio del cual se inadmite la demanda incoada en el caso de la referencia.

Notifíquese y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aproada por la Sala en sesión de fecha 29 de marzo de 1990.

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA/ EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO** - Régimen aplicable/ **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO** - Existencia

**Si el capital social de Empoibagué S.A. es todo público, no puede calificarse en forma alguna como de economía mixta, porque en estas tiene que existir forzosamente tanto este capital como el privado. Otra cosa es que según su volumen su tratamiento sea diferente. Así si la sociedad de economía mixta tiene un capital público superior al 96%, no dejará de ser tal, pero su régimen jurídico será el mismo de las empresas industriales del Estado. La regla del Inc. 5° del art. 139 del C.C.A. (art. 25 Dec. 2304 de 1989) no hace excepciones en cuanto a la prueba de la existencia y representación legal de las personas de derecho público, cualquiera fuere su origen o nivel. No debe exigirse esa prueba como anexo de la demanda.**

**ACLARACION DE VOTO**
**DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., abril dieciocho (18) de mil novecientos noventa(1990).

Consejero ponente: *Dr. Gustavo de Greiff.*

Referencia: Expediente No. 5974. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria, adoptada el 30 de marzo del presente año, pero sólo en su parte motiva.

Son razones de mi discrepancia, las siguientes:

1. No existe duda de que Empoibagué, S.A. o Empresa de Obras Sanitarias de Ibagué, S.A. es una persona de derecho público. Pero esto no le dada pie al actor para confundir su naturaleza al hablar "de una empresa industrial y comercial del Estado, del orden municipal (o sociedad de economía mixta, sujeta al mismo régimen)".

2. Si el capital social del ente mencionado es todo público, no pude calificarse en forma alguna como de economía mixta, porque en estas tiene que existir forzosamente tanto este capital como el privado. Otra cosa es que según su volumen su tratamiento sea diferente. Así si la sociedad de economía mixta tiene un capital público superior al 95%, no dejará de ser tal, pero su régimen jurídico será el mismo de las empresas industriales del Estaddo.

3. La sociedad de capital totalmente estatal no podrá llamarse de economía mixta mientras subsiste esa conformación patrimonial. será simplemente una sociedad estatal o empresa comercial o industrial del Estado y su régimen jurídico será el propio de ésta y no el de aquélla.

4. La regla del inciso 5° del artículo 139 del C.C.A (artículo 25 del Decreto 2304 de 1989) no hace excepciones en cuanto a la prueba de la existencia y representación legal de las personas de derecho público, cualquiera fuere su origen o nivel. No debe exigirse esa prueba como anexo de la demanda. Donde el legislador no distingue, no debe hacerlo el intérprete. Parece excesivo para los organismos creados por ordenamientos seccionales departamentales o municipales que no entran en la presunción del conocimiento de la ley. Pero, esa es la ley y la norma se expidió así en 1984, pese a las advertencias que se le hicieron a la comisión asesora.

El carácter público de Empoibagué está por fuera de duda.

Con todo respeto.

*Carlos Betancur Jaramillo.*

**FALLA DEL SERVICIO DEL DAS** - Detención arbitraria

**Sólo pueden ser detenidas o privadas de la libertad las personas en contra de las cuales haya previo mandamiento escrito de autoridad competente, o aquellas que se encuentren en el caso de flagrancia o cuasiflagrancia de infracción penal o de policía. Por ello, resulta claro determinar que cuando esa obligación ha sido violada, existe una falla del servicio, pues por demás y de contera, se viola el deber primario de las autoridades consistentes en proteger la vida, honra y bienes de los asociados, enunciado en el art. 16 de la Constitución Política.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

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

Colaboró: *Dr. Juan Carlos Henao Pérez.*

Referencia: Expediente No. 3510 (140). Actor: Luis Albeto Cifuentes Lindarte.

Procede la Sección a dictar sentencia en el proceso de reparación directa y cumplimiento, incoado por LUIS ALBERTO CIFUENTES LINDARTE, su cónyuge CECILIA MONJE DE CIFUENTES, y sus hijos MARTHA CECILIA y LUIS FERNANDO CIFUENTES MONJE, contra la Nación –DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD– DAS que busca la reparación de los daños y perjuicios sufridos por aquéllos, en las circunstancias que se estudiarán en la presente providencia.

El expediente se destruyó en los insucesos del Palacio de Justicia del 5 y 6 de noviembre de 1985, cuando se encontraba para fallo en el despacho del Consejero Conductor del proceso (fl. 17 verso). Su reconstrucción fue decretada mediante auto de junio 11 de 1987 (fl. 23 - 25), y surtida ésta, sin que se encuentre nulidad alguna, se procede entonces a proferir sentencia.

## I. LA DEMANDA

En demanda presentada por el apoderado judicial de la parte actora, se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO: Que la Nación Colombiana –Departamento Administrativo de Seguridad– DAS, es civilmente responsable de los perjuicios causados directa e indirectamente, al señor LUIS ALBERTO CIFUENTES LINDARTE con la captura o detención realizada el 26 de diciembre de 1978 en el aeropuerto de El Dorado de Bogotá,

"SEGUNDO: Que, como consecuencia, la parte demandada, Nación Colombiana, debe indemnizar al señor Luis A. Cifuentes Lindarte, la totalidad de los perjuicios materiales y morales causados con tal hecho, conforme a la liquidación que de ellos se haga con posterioridad a esta sentencia;

"TERCERO: Que la Nación Colombiana –Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, es igualmente responsable de los perjuicios causados a la señora Cecilia Monje de Cifuentes y a sus hijos Martha Cecilia y Luis Fernando Cifuentes Monje, en razón de los hechos de que da cuenta la demanda relacionados con la captura del señor Luis A. cifuentes efectuada el 26 de diciembre de 1978 en el Aeropuerto de El Dorado de Bogotá;

"CUARTO: Que la Nación Colombiana igualmente debe indemnizar a la señora Cecilia Monje de Cifuentes y a sus hijos Martha Cecilia y Luis Fernando Cifuentes Monje, la totalidad de los perjuicios materiales y morales causados, según liquidación posterior a la sentencia" (fl. 1).

Los hechos de la demanda narrados por el libelista, son básicamente los siguientes:

1. El demandante hubo de soportar un absurdo proceso penal que culminó con sobreseimiento definitivo a su favor, puesto qeu se probó que "los hechos que se le imputaron no son constitutivos de infracción penal";

2. Con el objeto de ser oído en indagatoria en el citado proceso, se libró orden de captura contra el señor Cifuentes, mediante el telegrama No. 287 de agosto 3 de 1976, emanado del Juzgado 68 de Instrucción Criminal.

3. Una vez capturado e indagatoriado el hoy demandante, fue puesto en libertad.

4. A raíz de su libertad, el mismo Juzgado de Instrucción Criminal envió al Director del Departamento Administrativo de Seguridad, el oficio No. 666 de agosto 16 de 1976, en el que se expresaba:

> "Comedidamente me permito manifestarle que ha quedado cancelada la orden de captura que se había impartido en contra del señor Luis Alberto Cifuentes Lindarte, mediante telegráfico distinguido con el número 287, datado el 3 de los cursantes, debido a que ya le fue resuelta su situación jurídica, habiéndosele otorgado libertad provisional.
>
> "En consecuencia, le ruego hacer conocer a los elementos secretos de esa entidad, la cancelación de la citada orden de captura.
>
> "El señor cifuentes porta la C.C. No. 3.038.494 de Girardot, es natural y vecino de Bogotá, de 54 años de edad, bachiller, comerciante y casado con la señora Cecilia Monje de Cifuentes".

5. El 20 de agosto de 1976 fue recibido el anterior mensaje en las dependencias del DAS, y se tomó nota de la cancelación de la captura.

6. Sin embargo, el 26 de diciembre de 1978, cuando el demandante y su familia se disponían a viajar a Venezuela, en viaje de negocios el primero y de placer la segunda, se procedió a capturar al señor Cifuentes.

7. El avión partió con las maletas que se extraviaron, y el capturado fue llevado a las dependencias del DAS, a pesar de que el señor Cifuentes les solicitaba que se comunicaran telefónicamente con el DAS a fin de que se constatara que no había orden de captura alguna en su contra.

8. Al DAS acudió el hoy apoderado judicial en este proceso, logrando establecer que la orden de captura que frustró el viaje, ya había sido cancelada desde el 20 de agosto de 1976 en los propios libros del DAS, pero que se les había olvidado "hacer conocer a los elementos secretos de esa entidad, la cancelación de la citada orden de captura".

9. Tal proceder causó graves perjuicios morales al detenido y a su familia, pues se encontraron frente a una situación humillante, lo cual se agravó por la forma como se llevó a cabo el operativo de la captura, que fue observada por familiares y amigos que habían salido a despedirlos al aeropuerto.

10. También se causaron perjuicios materiales, tales como los derivados de la pérdida del equipaje, del dinero ya invertido en el viaje, etc.

## 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 obrante a folios 12-14, el apoderado de la parte actora solicita se acceda a las súplicas de la demanda. Para sustentar su petición, argumenta básicamente lo siguiente:

"El Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, mediante documentos públicos, corrobora en todo lo afirmado en la demanda. Así, al folio 69 informa que al señor Cifuentes se le capturó en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá el día 26 de diciembre de 1978; que luego se le puso en libertad por existir orden de cancelación de la captura en las oficinas de Paloquemao; que consta que el oficio 666 de agosto 16 de 1976 por medio del cual se comunica el levantamiento de la orden de captura fue recibido en el DAS, y comunicado al "archivo operacional" en agosto 20 de 1976, y por último, llegando al colmo, luego de lo sucedido y que tiene al Estado al borde de una condena, no puede informar si está o no cancelada ya la misma orden de captura en sus dependencias del Aeropuerto.

"Al folio 35 se ratifica igualmente parte de lo anterior.

Queda demostrado oficialmente que una orden de captura (por demás injusta y precipitada), cancelada y registrada su cancelación en las dependencias del DAS, sirvió a unos agentes imprudentes a quienes vanamente se les rogó que consultaran con las oficinas de Paloquemao, para frustrar un viaje del señor Luis A. Cifuentes y su familia al exterior, bajándolo del avión con toda su familia como a un gran delincuente que aspira a huír del país.

"Sin orden de captura vigente al actor fue detenido. Esta, la falla del servicio, que afectó directamente a sus familiares, pues obviamente su señora esposa tampoco podría continuar el viaje y menos sus dos hijos menores de edad.

"Para los perjuicios materiales se ha pedido una condena en abstracto con el fin de liquidarlos en incidente posterior (art. 308 C.P.C.).

"Los perjuicios morales, en el fallo en abstracto en cuanto a los materiales, que ha de proferirse, es necesario, por ser facultativo del juzgador, señalar su monto.

"Lo anterior, muy respetuosamente, me lleva a solicitar, como se hizo en la demanda, que esa H. Corporación se sirva señalar el monto del perjuicio moral recibido por cada uno de los demandantes, teniendo en cuenta que

todos ellos fueron afectados, aún mayormente por encontrarse en el momento del hecho, en familia, en grupo unido felizmente, organizado dentro de un avión, próximo a despegar hacia el goce de unas vacaciones conjuntas.

"La graduación del daño moral debe tener en cuenta el estado de ánimo, feliz y lleno de esperanza de una familia, dada la finalidad principal del viaje y su inminencia, para evaluar lo duro del golpe infringido, inesperado y sorprendente, el brusco cambio que en estas circunstancias se produce en la siquis de una persona.

"Debe tenerse encuenta cómo el agravio es más duro en familia, cómo es de dolorosa la humillación en presencia de los hijos y cómo es de traumatizante para ellos, ya no frustración del viaje, sino el vejamen para su padre, creído santo hasta entonces y desenmascarado en el peor momento, como un criminal.

"Basta colocarnos en la situación de cualquiera de los miembros de esta familia, para entender la gravedad del daño moral sufrido por todos y cada uno de ellos personalmente" (fl. 13).

b) *El apoderado de la entidad demandada*

No obra dentro del expediente ni alegato de conclusión de la entidad demandada, ni contestación de la demanda, sin que pueda afirmarse a ciencia cierta si dicha carencia obedece a que nunca se presentaron, o a que se incendiaron en el Palacio de Justicia.

## III. EL CONCEPTO FISCAL:

Solicita la Fiscal Segunda de la Corporación, se acceda parcialmente a las súplicas de la demanda. Para ello expresó básicamente, luego de realizar un estudio de los antecedentes del proceso así como de las pruebas que en él obran, lo siguiente:

"El error en que incurrió el ente demandado consistió en no tomar las medidas pertinentes tendientes a hacer efectiva la *cancelación de la orden de captura, más grave aún si se tiene en cuenta el largo tiempo transcurrido entre la cancelación de esa orden de captura y la segunda detención, circunstancia esta que impide pensar una posible demora por parte de los funcionarios del DAS.*

"Es indudable pues, que con el proceder de los agentes del DAS al realizar la segunda captura del señor Cifuentes Lindarte se le ocasionaron al Actor unos perjuicios, por los cuales debe responder en ente demandado.

"En relación con estos perjuicios, debe observarse que aún cuando se afirma, que existieron daños materiales, ellos no fueron debidamente señalados en la demanda y tampoco se intentó siquiera probarlos durante el trámite del negocio. En la demanda no se precisa cuánto tiempo duró la detención del sujeto, en todo caso se deduce que fue por muy corto tiempo. Por otra parte de los hechos de la demanda se puede deducir, que por lo que se reclama realmente es por el hecho en sí de la captura, mas no por la demora en recobrar la libertad o por el tiempo en que permaneció detenido.

"Teniendo en cuenta que el hecho dañoso lo constituye la captura con fundamento en una orden cancelada, y que el error aunque existió fue corregido y aclarado inmediatamente, este despacho considera que los perjuicios se deben limitar al directamente perjudicado, señor Cifuentes Lindarte y sólo a los puramente morales, pues no se estableció que ese hecho haya producido perjuicios materiales o morales en los otros demandantes" (fl. 96).

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala se encuentran debidamente ameritados los siguientes hechos:

1. Al señor LUIS ALBERTO CIFUENTES LINDARTE se le siguió en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Guaduas (Cundinamarca), el proceso No. 931 por el delito de hurto (fls. 7 y 76).

2. El 3 de agosto de 1976 el Juez 68 de Instrucción Criminal solicita a la Dirección General del DAS, efectuar la captura del señor Cifuentes, a fin de colocarlo a disposición de dicho juzgado (fls. 7, 15, 55, 76).

3. En virtud de dicha orden de captura, el señor Cifuentes estuvo detenido entre el 9 y el 14 de agosto de 1976 (fl. 7).

4. El 16 de agosto de 1976, mediante el oficio No. 666, el Juez 68 Inscriminal manifiesta al Director del DAS, "que ha quedado cancelada la orden de captura que se había impartido en contra del señor LUIS ALBERTO CIFUENTES LINDARTE", y "en consecuencia, le ruego(a) hacer conocer a los elementos secretos de esa entidad, la cancelación de la citada orden de captura" (fl. 56; 7).

5. El 20 de agosto de 1976 el DAS acusa recibo del oficio No. 666 del juzgado 68 Inscriminal, en el cual se cancela la orden de captura proferida contra el señor Cifuentes, y solicita por tanto al Jefe de la División de Policía Judicial –DAS–, "hacer conocer a los elementos secretos de esa entidad, la cancelación de la citada orden de captura" (fl. 52 y 57).

6. El señor LUIS ALBERTO CIFUENTES LINDARTE fue capturado por agentes del DAS, el 26 de diciembre de 1978 en el aeropuerto internacional "El Dorado" de la ciudad de Bogotá, en momentos en que con su familia se disponía a viajar a la ciudad de Caracas (Venezuela) en el vuelo No. 921 de la Compañía VIASA, con el objeto de realizar un viaje de negocios y de vacaciones (fl. 48, 51, 88 y 89).

7. El 5 de junio de 1979 el juzgado promiscuo del Circuito de Guaduas (Cundinamarca) resuelve "SOBRESEER DEFINITIVAMENTE respecto de LUIS ALBERTO CIFUENTES LINDARTE... del delito de hurto que da cuenta el plenario y por el cual rindió indagatoria en este asunto" (f. 61). La anterior providencia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala Penal–, el 15 de febrero de 1980 (fls. 64- 75).

8. La única orden de captura proferida contra el señor Cifuentes por el Juzgado Promiscuo de Guaduas, fue la expedida el 3 de agosto de 1976, cancelada posteriormente mediante oficio No. 666 de agosto 16 de 1976 (fl. 76).

9. El 14 de junio de 1983, mediante la circular No. 14, el DAS. Paloquemao informó al DAS Aeropuerto, sobre la cancelación dela orden de captura del sr. Cifuentes (fl. 48).

Frente a la situación fáctica descrita, la Sala estima oportunas las consideraciones siguientes:

## I. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION

Para la Sala, siguiendo en ello el concepto de su colaboradora Fiscal, la responsabilidad del Estado debe ser declarada en el caso en estudio, ya que se encuentra establecida la falla del servicio. Baste para tal efecto realizar las consideraciones siguientes:

1. Constituye el régimen de responsabilidad por falla del servicio, el régimen de derecho común de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, y, según reiterada jurisprudencia de la Corporación, para que el Estado pueda ser declarado responsable por falta o falla del servicio se requiere que en autos se hayan acreditado tres condiciones:

La existencia de una falla del servicio; la existencia de un perjuicio, y la relación de causalidad entre la falla alegada y el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende mediante el proceso Contencioso Administrativo.

2. Si bien es cierto que la noción de falla del servicio se muestra aparentemente vaga conceptualmente, doctrina y jurisprudencia se han esforzado en darle coherencia y precisión.

Así, en sentencia de 30 de junio, expresó esta Sala:

"El primer caso, por falta o falla del servicio se presenta cuando un funcionario suyo en ejercicio de sus funciones, con culpa grave o dolo de su parte causa daño (art. 77 C.A.A.) o cuando el Estado debiendo prestar un servicio no lo presta o lo hace con retardo, irregularidad o ineficiencia. *Este último evento supone, por una parte, la existencia de una obligación a cargo del EStado y por la otra, la infracción de esa obligación por omisión. El problema que se plantea entonces, consiste en determinar en primer lugar la existencia de la obligación administrativa.* Como según el artículo 20 de la Constitución Política, "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes", en tanto que "los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas" y como a su vez el artículo 63 de la misma expresa que "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenfga funciones detalladas en ley o reglamento", con firmeza puede decirse que la obligación administrativa existirá cada vez que una ley o reglamento la establezca o cuando se deduzca de la función que por ley o reglamento deba cumplir un determinado funcionario. Según lo anota el Doctor Antonio J. de Irisarri en conferencia dictada el año pasado en la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, se sigue como criterio de identificación para la determinación de la falla del servicio por el incumplimiento de una obligación del funcionario", ... que *en el derecho colombiano la regla general consiste en que las obligaciones a cargo de la administración, como consecuencia del principio constitucional comentado, deben ser determinadas, especificadas por las leyes o los reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo corresponda ejecutar.* Tal criterio de identificación de la obligación administrativa ha sido frecuentemente utilizado por la jurisprudencia del Consejo de Estado para deducir si en un determinado caso sometido a su estudio, se estructura o no la responsabilidad por falta o falla del servicio...". (Expediente No. 5225) (las subrayas no son del texto).

3. De conformidad con lo anterior, se puede, entonces, afirmar que la falla del servicio es la violación de una obligación a cargo del Estado, y que para lograr determinar cual es el contenido obligacional al que está sujeto el Estado frente a un caso concreto, debe el juez referirse en primer término, a las normas que regulan de manera concreta y específica la actividad pública causante del perjuicio. Y si se afirma que el juez debe referirse en primer término a la mencionada normatividad concreta y específica, es porque, como se afirma en la precitada

sentencia, "los doctrinantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que ésta existe no solo en los casos en que la ley o el reglamento la consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza; y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir".

4. Por ello, la falla del servicio es entonces la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política. Estas dos maneras de abordar el contenido obligacional en lo que al Estado respecta, y que permitirá concluir que hay fala del servicio cuando la acción o la omisión estatal causantes de perjuicio lo ha infringido, lejos de excluirse se complementan, como pasa a verse para el caso en estudio.

5. La posibilidad de capturar ciudadanos está reglada en nuestro ordenamiento jurídico. Así, establece por ejemplo le artículo 56 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policí), lo siguiente:

"Art. 56. Nadie puede ser privado de la libertad sino:

a. Previo mandamiento escrito de autoridad competente; y

b. En el caso de flagrancia o cuasiflagrancia de infracción penal o de policía".

A su turno, establece el artículo 23 de la Constitución Política:

"Art. 23. Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto,m ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formsalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial".

Y, finalmente, estatuye el artículo 16 de nuestro ordenamiento constitucional:

"Las autoridades de la República están isntituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

6. De las citadas normas se deduce con nitidez que se impone al Estado el siguiente contenido obligacional: solo pueden ser detenidas o privadas de la libertad las personas en contra de las cuales haya previo mandamiento escrito de autoridad competente, o aquellas que se encuentren en el caso de flagrancia o cuasiflagrancia de infracción penal o de policía. Por ello, resulta claro determinar que cuando esa obligación ha sido violada, existe una falla del servicio, pues por demás y de contera, se viola el deber primario de las autoridades consistentes en proteger la vida, honra y bienes de los asociados, enunciado en el artículo 16 de la Constitución Política.

7. En el presente evento el señor Luis A. Cifuentes fue detenido por funcionarios del DAS, como se ha visto, sin que existiere causa juridica para su detención. Por tanto al detener al mencionado ciudadano, el DAS violó el contenido obligacional que le imponen las normas antes citadas, generándose así la falla del servicio.

8. En efecto está probado que si bien existió orden de captura contra el señor Cifuentes, había sido cancelada con anterioridad tal que permitian al DAS tener conocimiento de la ilegalidad de su actuación. Si este conocimiento no llegó a los funcionarios del DAS Aeropuerto El Dorado, y por ello se procedio a la captura, resulta evidente que existió un error imputable al Departamento Administrativo de Seguridad, que no permitió subsanar la ilegalidad de la actuación, y que, permitió, al contrario, proceder a capturar a una persona sin que existiere previo mandamiento escrito de autoridad competente, pues como ya se ha dicho, cuando se realizó la captura había transcurrido un lapso más que necesario para que la entidad demandada tuviese presente la orden de cancelación de la captura, y hubiese comunicado tal cancelación a sus agentes ubicados en el Aeropuerto El Dorado de esta ciudad.

9. Así las cosas, se puede, entonces afirmar que en el presente evento se produjo la detención de un ciudadano por fuera de las pautas legales, configurandose así, a juicio de la Sala, una falla del servicio imputable al Departamento Administrativo de Seguridad, que compromete la responsabilidad extracontractual de esa dependencia administrativa.

## II. EL PERJUICIO

Como ha quedado dicho, solicitan los señores Luis Alberto Cifuentes Lindarte y Cecilia Monje de Cifuentes, así como los hijos legítimos de Martha Cecilia y Luis Fernando Cifuentes Monje, le sean indemnizados los prejuicios morales y materiales que a raíz de la falla del servicio ya estudiada, afirman les fueron ocasionados.

Con el fin de determinar si es el caso acceder a dicha petición, los estudiará la Sala separadamente así:

a. *Perjuicios morales.*

Considera el apoderado judicial de la parte actora, que este prejuicio fue causado a todos los miembros de la familia Cifuentes Monje, puesto que se vió enfrentada ante una situación humillante y denigrante que vulneró el patrimonio moral, no solo del detenido, sino de sus compañeros de viaje y familiares, que por demás vieron frustradas sus ilusiones de gozar de sus vacaciones. Sin embargo como se ha expresado, la colaboradora Fiscal considera que el estudio de los prejuicios deben limitarse al señor Cifuentes Lindarte, y solo respecto de los morales por él sufridos. Respecto a la problemática así planteada, encuentra la Sala que:

1. Martha Cecilia y Luis Alberto Cifuentes Monje son hijos legítimos de Luis Alberto Cifuentes Lindarte y Cecilia Monje (fls. 9 y 10), quienes habian contraido matrimonio católico el 25 de marzo de 1962 (fl. 11).

2. En el momento de la detención injustificada del padre de la familia, toda la familia Cifuentes Monje se encontraba presta a partir a la ciudad de Caracas (fls. 48, 51, 88 y 89).

3. El insuceso que debió soportar la familia referida afectó síquica y moralmente todos sus miembros.

Es este sentido testimonia el Dr. Alfonso Cortés R. quien presenció los hechos en el aeropuerto:

> "Nos quedamos tomando un tinto, y un rato después observé un tumulto de gente que venía y cual sería mi sorpresa cuando ví al señor Cifuentes esposado todo desencajado, la señora y la familia llorando, al principio pensé que se trataba de un accidente o algo por el estilo, pero mi sorpresa fue mayúscula cuando me dí cuenta que la realidad era otra. Los comentarios de la gente decían que se tratataba (sic) de un hampón, coquero, ladrón. Posteriormente en el aeropuerto me regresé a mi casa a esperar llamadas telefónicas...
>
> "Las repercusiones de estos hechos como es de suponer fueron tremendas tanto sicológica y materialmente, el señor Cifuentes quedó traumatizado antes (sic) esa captura. También el ridículo como es de suponerse como es de estar sentado en un avión para decolar, y lo bajan detenido y esposado. Los hijos también sufrieron sicológicamente, al ver a su papá en ese estado de susto, de angustia, las ilusiones del viaje de vacaciones de fin de año al

verse frustradas. Inclusive quedó afectado sicológicamente cuando sube a un avión pensando que lo van a detener" (fl. 89).

De igual tenor son las declaraciones de la señora Rubiela Zárate de González, quien también presenció los hechos en el aeropuerto:

"Yo me encontraba con el Dr. Alfonso Cortés fuimos a despedirlos a ellos en el aerupuerto, nosotros nos despedimos bien y se metieron al avión, nosotros nos despedimos de ellos y nos fuimos con el Dr. Cortés a tomar un tinto a una cafetería y nosotros estabamos esperando a que saliera el avión cuando de pronto vimos que la gente corría, se formó un montón de gente al ver que bajaba unas pesonas del avión y nosotros nos asomamos a ver qué sucedía cuando vimos que bajaban al señor Luis Alberto Cifuentes, lo bajaban del avión esposado, la señora Cecilia y los niños estaban llorando... La familia quedó también mal, junto con lo (sic) niños de dar vergüenza de ver a su papá y esposo esposado, ya que se comentaba en el momento de la capruta (sic) decían que habían cogido a un hombre muy malo, por ese motivo la señora Cecilia y los niños se sentían muy mal" (fl. 90).

Teniendo en cuenta las anteriores pruebas, se aparta la Sala de lo conceptuado en éste punto por su colaboradora fiscal, pues considera que en el presente evento el perjuicio moral fue efectivamente sufrido por todos los miembros del grupo familiar. En efecto, como lo demuestran los testimonios, y como lo corrobora la lógica misma, cada uno de los miembros del grupo familiar sufrió una afrenta en su patrimonio moral. El padre, por verse injustificadamente detenido, y por haber debido soportar unos hechos para él bochornosos, no sólo por la imagen que fue proyectada a su familia, sino por aquella que fue proyectada a las personas que se encontraban en el lugar de los hechos. La madre y los hijos, por haber tenido que soportar la merma de su patrimonio moral, dentro del cual obviamente también se encuentra la reputación familiar. Se ha demostrado por demás, que a ellos la falla del servicio les causó congoja, pesadumbre, al encontrarse ante una situación a todas luces angustiante.

Pero, si bien se da por estableecido el perjuicio moral para todos los componentes del grupo familiar, estima la Sala que su tasación no puede hacerse en forma similar para todos ellos, puesto que, como lo ha afirmado la jurisprudencia nacional, "si se admite, como es necesario admitir las diferencias de grados, es natural que la reparación de los daños busque una equivalencia más o menos aproximada para que la justicia no pierda su naturaleza de dar a cada uno lo que es suyo" (Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, 13 de diciembre de 1943, G. J., Tomo LVI, No. 20001-2005, p. 668).

Y no queda duda para la Sala que en este evento hay mayor grado de perjuicio moral para el sr. Cifuentes Lindarte. En efecto, como se ha anotado, fue la persona

detenida y fue quien sufrió con mayor ahínco la merma de su patrimonio moral, al verse injustificadamente tratado como un delincuente tanto frente a sus más próximos parientes, como frente a quienes presenciaron los hechos. Su señora e hijos aunque sufrieron directamente perjuicio moral, como ya se ha dicho, lo sufrieron en menor grado, pues éste consistió en la intempestiva merma de la reputación de su familia, así como en la zozobra ocasionada a raíz de los hechos ya analizados.

Por lo anterior estima la Sala que al sr. Cifuentes Lindarte se le debe indemnizar su perjuicio moral en el equivalente de 600 gramos oro, y a su señora e hijos, en el equivalente de 300 gramos oro para cada uno de ellos. Ello porque, al atentarse contra la honra del detenido y de sus familiares, se produjo perjuicio sobre uno de los bienes fundamentales de los que disponen los ciudadanos, y que deben garantizar las autoridades de la República, de conformidad con el art. 16 de nuestro estatuto constitucional. Dicha afrenta es grave, a juicio de la Sala, precisamente por lo que constituye la honra uno de los más preciados bienes a los que un ser humano puede hacerse acreedor, máxime en una sociedad convulsionada como la nuestra, y que no puede ser vulnerado por las autoridades, encargadas, justamente, de tutelarlos.

b. *Perjuicios materiales.*

Expresa en la demanda el apoderado judicial de la parte actora, que los perjuicios materiales "se basan en la pérdida de todo el equipaje, en dineros ya invertidos en el viaje, en dineros gastados con ocasión del sansabor y dineros dejados de percibir, entre otros, por el no viaje oportuno, todo lo cual se concretará y demostrará en el incidente posterior a la sentencia" (fl. 4).

Sin embargo, encuentra la Sala que en parte alguna se encuentra ameritada la existencia del perjuicio material, que es necesaria para que el incidente previsto en el artículo 308 del C.P.C. pueda ser decretado. En efecto, descuidó en grado sumo la parte actora la prueba de la existencia del perjuicio material a punto tal que lo único que al respecto existe, es lo afirmado por los testigos cuando expresan que "después supe que las maletas se extraviaron" (fl. 8), lo cual no puede siquiera permitir afirmar con certeza que dicho extravió se produjo.

Reitera en esta ocasión la Sala, que "ninguna de las partes goza en el proceso colombiano del privilegio especial de que se tengan por cierto los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que éstas deberán acreditar sus propias aseveraciones" (Expediente No. 2607, actor: María Gilma Betancur de Valencia). Y, como se ha dicho, el punto tocante a los perjuicios materiales se quedó en simples aseveraciones, razón por la cual no podrá entonces procederse a decretar

el incidente del artículo 308 del C. de P. C. pues, por demás, no podrían existir bases ciertas para la liquidación del perjuicio.

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

**FALLA:**

1. Declárase responsable a la Nación –Departamento Administrativo de Seguridad– DAS, por falla del servicio mediante la cual fue detenido injustificadamente el sr. LUIS ALBERTO CIFUENTES LINDARTE, en las circunstancias ya analizadas en la parte motiva de esta providencia.

2. Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la NACION COLOMBIANA –DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS a pagar, por concepto de perjuicios morales, el equivalente de seiscientos (600) gramos oro al señor LUIS ALBERTO CIFUENTES LINDARTE, y a Cecilia Monje de Cifuentes, Martha Cecilia Cifuentes Monje y a Luis Fernando Cifuentes Monje el equivalente de trescientos gramos (300) oro para cada uno.

Este valor se considera como condena en 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.

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

4. Deniéganse 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 veintinueve (29) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

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

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

**DEMANDA** - Corrección/ **DEMANDA** - Adición/ **SUSPENSION PROVISIONAL**

**El escrito de aclaración o de corrección no constituye una nueva demanda. Por el contrario, forma con el libelo primitivo una unidad jurídica en cuyos planteamientos se determina en sus límites precisos y definitivos la materia propia de la controversia, la posición de los actores y aún los poderes legales que tiene el fallador. Y, precisamente, porque en el pronunciamiento sobre la suspensión provisional deben considerarse todos los motivos de la acción unificada y no sólo los de la acusación inicial, las normas procesales disponen que al fijarse con exactitud los hechos, el derecho y las razones del ataque, se reinicie la actuación a fin de que se califique la totalidad de los cargos, y no sólo un aspecto del litigio.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.*- Bogotá, D.E., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5343. Actor: Jaime González Moreno.

Se resuelve el recurso de súplica interpuesto por el señor apoderado de la parte actora contra el auto de fecha 20 de septiembre de 1988 proferido por el Consejero Conductor del proceso que dispuso rechazar por improcedente el recurso de reposición propuesto contra el auto de 2 de agosto de 1988 y ordenó estar a lo dispuesto en autos de 30 de junio y 21 de agosto de 1988.

## I. EL AUTO RECURRIDO:

Dice, en lo sustancial, la prividencia suplicada:

"Advirtiéndose al recurrente que contra los autos de cúmplase no existe ningún recurso, el despacho procede a hacerle algunas precisiones, así:

"1. En primer lugar no es cierto, como lo afirma en su escrito, que la acción es de nulidad (folio 99). La acción por afirmación del mismo demandante en su libelo, es de restablecimiento, ya que no se puede entender otra cosa cuando afirma en su escrito introductorio que la finalidad es "obtener la nulidad (Contencioso Objetivo), de las Resoluciones Nos. 000720 de abril 2 de 1987 y 003918 de diciembre 30 de 1987, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, así como el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios a mi poderdante". (folio 70).

"2. Contra el auto que admite la demanda no procede sino el recurso de reposición, el cual debe interponerse dentro de los tres días siguientes a su notificación, que para el dmandante se efectuó por estado según consta a folio 90 vuelto. Es decir, que en lo que toca con la aceptación del libelo, se encuentra debidamente ejecutoriado para el actor, porque contra la medida admisoria no interpuso ningún recurso.

"3. Por expresa disposición del artículo 154 inciso 2° del C.C.A., contra el auto que decide la suspensión provisional no procede sino el recurso de súplica, que era el que debió haber interpuesto el demandante al no estar de acuerdo con la determinación que se tomó en la providencia de junio 30 del presente mes.

"5. La suspensión provisional tiene un término perentorio para poder ser solicitada y éste percluye, como lo ordena el inciso 4° del artículo 152 del C.C.A al dictarse el auto admisorio de la demanda. Dicho lapso no se puede ampliar, como lo pretende el memorialista, hasta antes de la admisión de la corrección de la demanda, fenómeno procesal diferente, como es obvio.

"6. La facultad que le dá el artículo 208 del C.C.A al demandante, de aclarar o corregir la demanda, no se entiende también para la solicitud de suspensión provisional porque ésta es completamente diferente y está regida por normas diferentes y especiales como lo son los artículos 152 y siguientes del estatuto procesal administrativos". (fls. 100 y 101 C. 1).

## II. LOS ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Para sustentar el recurso que se resuelve el actor, luego de hacer sucinto recuento de los antecedentes procesales del negocio, expresa lo siguiente:

"El auto aquí mencionado advierte genéricamente que contra los autos de cúmplase no existe ningún recurso.

"Es sabido por ser elemental, que un auto de cúmplase, o sea de los dictados de acuerdo al art. 328 del C. de P. C., no tienen notificación, y por tanto carecen de recursos, pero es condición que estos deben dictarse únicamente cuando contengan órdenes dirigidas exclusivamente al secretario, por ejemplo el que ordena foliar un expediente. En este caso lógica y elementalmente no debe existir recurso alguno contra dicho auto. Pero si se tratra de aspectos que concretamente no son órdenes al secretario, sino resolución sobre una correción y adición a la demanda, y la solicitud de Suspensión Provisional, la categoría del auto tiene que ser muy diferente a la (sic) cúmplase, o sea debe ser de la de notifíquese.

"Estos aspectos son sobradamente conocidos y por su sencillez poco anotan los tratadistas al respecto. Sin embargo es bueno decir a la Sala, que cuando el art. 208 dispone que volverá a ordenarse la actuación de art. 207, sobre esta parte de la demanda o sea su corrección o adición lo elemental es ordenar la notificación a la parte demandada.

"Es tan cierto lo anterior que, la adición por ser parte integrante de la demanda, después de notificada debe correrse simultáneamente el traslado a los demandados.

"Y es cierto también que tanto la demanda como su corrección son de la misma categoría y por ello no es lógico que la primera obedezca a un auto de notifíquese y la otra a uno de cúmplase. También si la corrección de la demanda cambiara la naturaleza primitiva de la acción, necesariament la Sala debe inadmitirla, y esta decisión debe hacérsela saber al demandante y no al secretario por un auto de *cúmplase*.

"En el Derecho Civil (aplicable al Contencioso art. 267), en el art. 89 ordinal 4o del C. de P. C., se ordena "De la reforma o de la demanda integrada se dará traslado al demandado o a su apoderado en la forma prescrita en el art. 87, por la mitad del término del señalado para el de la demanda, y la notificación se hará como lo dispone el art. 205". (El subrayado es mio).

"Además el Dr. MIGUEL H. GONZALEZ, refiriéndose a la corrección de la demanda, dice que es una auténtica garantía procesal que tiene carácter de medida de orden público. (Comentarios al Código Contenciso. Cámara de Comercio de Bogotá, pág. 152).

"Lo esencial del auto que aquí recurro no son las afirmaciones elementales que hizo la Sala sobre distinción del auto admisorio y sus recursos. Lo importante es establecer si la demanda y la corrección son una sola pieza

procesal, o diferentes, para saber de acuerdo a la Ley hasta cuando es factible la resolución de la Suspensión Provisional invocada.

"La Sala en auto de septiembre 20 en su punto cinco (5), hace afirmaciones pero no da razones jurídicas de ninguna naturaleza sobre este punto.

"Es sabido que la correección de la demanda puede hacerse sin neecesidad de reproducirla en su totalidad. "No hay norma que obligue ha hacer una nueva demanda *in integrum* cuando se corrige la primitiva" (Gaceta Judicial Tomo LIII, pág. 287).

"También que la demanda puede corregirse con el fin de enmendarla, aclararla o adicionarla pero de manera alguna se puede sustituir la acción que se ha propuesto, porque el cambio de acciones equivale a una sustitución de estas (Morales, pág. 315).

"La demanda y su corrección son un solo acto procesal frente al proceso, porque de ser diferentes, se configuraría una acumulación de demandas, y entonces se enfocaría el caso por un aspecto muy distinto.

"De otro lado siendo un solo acto procesal, como lo es, la demanda y su corrección deben aceptarse o rechazarse por autos de Notifíquese y no de Cúmplase. Y su aceptación así como la corrección serán autos admisorios de la demanda considerada en su integridad; y para efectos del art. 152 de la Ley Contenciosa, se señala que la Suspensión Provisional debe solicitarse antes del auto admisorio de la demanda, lo que puede hacerse mediante la corrección de la misma.

"No hay lugar a interpretación de una admisión de la demanda inicial y otra de la corrección de la demanda, primero porque la Ley no lo distingue, pues únicamente se refiere a la demanda, y esta como se ha repetido esta compuesta por el libelo inicial yu su corrección, si está existe, configurando un solo acto y por ello el traslado es simultáneo. Aún en el caso del Procedimiento Civil, así se considera, aún cuando la reforma puede efectuarse después de la notificación de la demanda y es tan cierto lo dicho que la Sentencia, debe así considerarla y no separadamente.

"Entonces la admisión de la demanda, considerandola con su corrección, puede proponerse la Suspensión Provisional, pues el art. 152 parágrafo 4o solo se refiere al auto admisorio de la demanda sin distinguir con la corrección de la misma.

"Es decir que no es que se amplíe el término, sino que la misma ley da esta oportunidad, al no hacer distinciones como pretende hacerlas la Sala en el auto acusado en su aparte 6º (fls. 103 a 106 C. 1).

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Tramitando y aceptando el impedimento manifiestado por el H. Consejero Gustavo de Greiff Restrepo, se sorteó el Conjuez que debe reemplazarlo. Posesionado éste en debida forma procede la Sala a decidir el recurso de súplica interpuesto, previas las siguientes consideraciones:

1. *Desarrollo del proceso*. Muestran los autos que el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala ha tenido el siguiente desarrollo procesal:

1.1. en escrito presentado el 26 de abril de 1988 ante la Secretaría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, el apoderado constituido por el señor Jaime González Moreno formuló demanda con el fin de que la Sala haga "las siguientes o similares declaraciones y condenas:

> "PRIMERA. Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 000720 de abril 2 de 1987 y 003918 de diciembre 30 de 1987, dictadas por el mismo Ministerio de Minas y Energía.
>
> "SEGUNDA. Que como consecuencia de lo anterior, se declaren libres las zonas mineras a que se refiere la Licencia No. 4079, otorgada por el mismo Ministerio de Minas y Energía a la Sociedad Carboneras La Ramada Ltda.
>
> "TERCERA. Que se restablezca en su derecho al señor JAIME GONZALEZ MORENO, para lo cual se ordenará la entrega total de los trabajos de explotación de carbón y que fueron ordenados suspender, ubicados en la zona de la Licencia 4079.
>
> "CUARTA. Que se ordene la indemnización de perjuicios a cargo de la Nación, a través del Ministerio de Minas y Energía, así como a la Sociedad Carboneras La Ramada Ltda., por ser los responsables de los daños causados a mi Poderdante por motivo de la Resolución acusada y con monto determinado en lo probado, o *in genere*, si fuere del caso y en el término perentorio que la Sentencia señale" (fls. 70 y 71 C. 1).

1.2. En escrito separado de igual fecha de presentación, el procurador judicial del demandante, con fundamento en el artículo 152 del C.C.A (Decreto 01 de 1984) solicitó la suspensión provisional del art. 2º de la Resolución No. 003918 del 30 de diciembre de 1987, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, que ordenó la suspension de los trabajos de explitación de carbón que el señor Jaime González Moreno adelantaba dentro de la zona de la Licencia 4079, aduciendo "la manifiesta y ostensible violación de normas de carácter constitucional y legal", específicamente del artículo 26 de la Constitución Nacional por desocnocimiento del derecho de defensa que ese canon consagra, y del artículo 50 del C.C.A., pues dicha norma según el solicitante de la medida provisoria establece

que todos los actos administrativos tienen recursos y el acto acusado, al ser el último en la vía gubernativa y ordenar la citada suspensión de los trabajos, privó al actor de la posibilidad de recurrir gubernativamente la orden de suspensión de las labores de explitación que el señor González Moreno adelantaba.

1.3. Mediante auto calendado el 30 de junio de 1988 el Consejero conductor del proceso admitió la demanda, ordenó la tramitación prevista por el art. 207 del C.C.A (Decreto 01 de 1984) y denegó la suspensión provisional solicitada, a pesar de encontrar clara la manifiesta violación a la constitución y la ley por parte del artículo 2° de la Resolución Impugnada pues "introdujo un punto nuevo en el acto que resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 000720 de 1987. Sin embargo en (sic) la solicitud de suspensión provisional no se acreditó siquiera sumariamente el perjuicio sufrido o que sufriría el actor con el acto acusado y por lo tanto ella no podrá decretarse. La prueba con el carácter de sumario no puede ser el acto cuya suspensión se pide. Ella debe ser plena pero sin controvensión (sic), y esterna como es obvio, al acto mismo" (fl. 90 C. 1).

1.4. Contra el mencionado auto la parte actora no interpuso recurso alguno, pero dentro del término de la ejecutoria su apoderado diciendo hacer uso del artículo 208 del C.C.A dijo "aclarar, adicional y corregir la demanda", que hizo consistir en lo siguiente:

a)"Adicionó los hechos de la demanda, precisando de una parte, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° de la Resolución 00720, la Alcaldía de Lenguazaque suspendió los trabajos de explitación que adelantaba el actor y, de otra, que con el cierre de las minas el señor González Moreno "recibió perjuicios de toda índole, como pérdidas ()sic) de los trabajos de adecuación, despido y liquidación del personal, incumplimiento de contratos de suministro de carbón, indemnización por contratos de transporte y otros que ascienden a sumas muy elevadas";

b) Adicionó el capítulo de pruebas del libelo para incluir declaraciones extraprocesales, que adjuntó a su escrito, de dos testigos, cuya ratificación y ampliación solicitó ordenar, referentes justamente a los perjuicios que afirmó haber experimentado su mandante y, por último, solicitó se libraran oficios a la Alcaldía de Lenguazaque y al Ministerio de Minas y Energía concernientes a la orden de suspensión de los trabajos que ejecutaba el señor González Moreno y a la ejecución de esa orden. (fls. 91 a 95, C. 1).

1.5. El Consejero conductor del proceso, en vez de pronunciarse sobvre la corrección y adición de la demandda a que antes se hizo referencia, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 208 del C.C.A (Decreto 01 de 1984), profirió el 2 de agosto de 1988 (fl. 96 C. 1) un auto de "cúmplase" requiriendo

a la Secretaría dar cumplimiento a lo ordenado sobre notificaciones y solicitud de lso antecedentes administrativos, en el auto que admitió la demand,a de fecha 30 de junio de ese mismo año, ya mencionado anteriormente.

1.6. El señor apoderado del actor, ante el auto de cúmplase que acaba de reseñarse, interpuso contra él recurso de reposición, en escrito presentado el 4 de agosto de 1988 (fls. 98 y 99, C. 1) con el objeto de que el Consejero conductor del proceso repusiese la providencia de 2 de agosto de 1988 y en su lugar aceptase la corrección de la demanda y, además, resolviese sobre la suspensión provisional,. Sustentó el recurso en los siguientes términos:

"El art. 208 del Código Contencioso Administrativo nos dice textualmente: "Hasta el último día de fijación en lista podrá alcararse o corregirse la demanda., En tal caso, volverá a ordenarse la actuación del artículo anterior, pero el derecho de varias la demanda podrá hacerse uso por una sola vez".

"El artículo anterior, se refiere a la admisión de la demanda. Es así que la corrección de la misma es también demanda principal y por tanto debe tener un auto qeu la acepte o rechace.

"El mismo Código en su art. 143 prevee algunos casos sobree ella. Sin embargo, la aceptación de esta corrección tiene aspectos muy importantes que no pueden consignarse en un auto de Cúmplase, como aquí ha sucedido.

"Es así que el art. 154 del Código Contencioso Administrativo, dispone que la Suspensión Provisional se resuelva en el mismo auto en que la demanda se addmite.

"En el caso presente el art. 208 tal como atrás se transcribió, dispone que volverá a ordenarse la actuación del artículo anterior o sea el art. 207 sobre la admisión de la demanda, y entonces indudablemente es el momento para que se resuelva sobre la admisión o inadmisión de la misma, y tambiénh sobre la Suspensión Provisional.

"De otro lado la REPOSICION la baso en el sentido de que debe adicionarse el auto acusado en el sentido de que la Sala, se manifieste sobre la Suspensión Provisional en cualquier sentido, lo que daría margen a recursos que desde el punto de vista del auto de Cúmplase, no cabe.

"Lo anterior toma más fuerza cuando el auto de fecha 30 de junio, no tuvo en cuenta la petición primera de la demanda en que solicité expresamente que se declare la *nulidadd de las Resoluciones Nos. 000720 de 1987 y 003918 de diciembre del mismo año, del Ministerio de Minas, sino que siguió el camino del inciso tercero del art. 151 del Código Contencioso Administrativo, que expresamente señala "si la acción ejercitada es distinta*

*de la nulidad del acto deberá aparecer comprobado además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor".*

"Aunque la acción por ser de *nulidad* como innegablemente lo es, y no es una distinta, la Sala ha debido considerar y aceptar la Suspensión Provisional, sin embargo y para estar de (sic) acorde con la Sala , corregí la demanda trayendo la prueba sumaria, para efectos de la Suspención Provisional tal como lo solicité en la adición o corrección de la demanda.

"En razón de lo anterior considero que al repetirse la actuación del art. 207 es el momento de admitir la corrección de la demanda no en forma tácita y además resolver sobre la Suspensión Provisional puesto que el auto admisorio de la demanda no se ha dictado (Ordinal 4° art. 152 Código citado)". (fls. 98 y 99 C. 1).

1.7. Sobre el recurso interpuesto se pronunció el Consejero Conductor del proceso en la forma ya vista anteriormente en el Capítulo I de esta providencia.

2. De la reseña que antecede deduce la Sala, en forma nítida, las siguientes conclusiones:

2.1. Que en oportunidad idónea, el apoderado de la parte actora, haciendo uso del derecho a corregfir la demanda reconocido por el artículo 208 del C.C.A procedió a adicionar la demanda inicial, sin insistir en la solicitud de suspensión provisional, seguramente porque entendió que ello era superfluo, dado que el escrito de aclaración, adición o corrección no constituye una nueva demanda sino que viene a conformar con el libelo inicial una sola unidad jurídica cuyos planteamientos determinan, de manera precisa y definitiva, la materia propia del proceso, la posición jurídica de quien lo promueve y tratándose de pretensiones impugnatorias de actos administrativos, el límite de los poderes del juzgador.

2.2. Que el señor Consejero conductor del proceso omitió pronunciarse sobre la admisión o rechazo de la aclaración, corrección o adición de la demanda, formulada por el señor apoderado de la parte actora en oportunidad idónea para, en su lugar, y mediante auto de simple "cúmplase", ordenar a la Secretaría de la Sección que diese evacuación a lo dispuesto en el admisorio de la demanda sobre notificaciones y solicitud de antecedentes de los actos acusados.

2.3. Qu esa decisión de "cúmplase", por ser abiertamente antiprocesal, no solo por violentar lo dispuesto en el artículo 208 del C.C.A. sino por vulnerar ostensiblemente el derecho de acción de la parte actora, no vincula en forma alguna a esta Sala, lo que lleva a considerarla como inexistente procesalmente o, al menos, como ineficaz jurídicamente como pronunciamiento admisorio o denegatorio de la demanda corregida.

El caso a que ahora se ve abocada la Sala no es nuevo para la Corporación. En efecto, en providencia de fecha 1o. de octubre de 1964 (ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO", Tomo 68, Números 405 y 406, pág. 214 y siguientes), dijo la Sala de lo contencioso Administrativo lo siguiente en torno a los artículos 126 y 128 de la Ley 167 de 1941:

> "Dice el artículo 126 del Código Contencioso Administrativo que una vez recibida la demanda y verificado el reparto, el Magistrado dispondrá, al admitirla, que se libren las comunicaciones respectivas, se notifique al Agente del Ministerio Público y se fije el negocio en lista. Agrega el parágrafo único de esa norma procesal: "Si se hubiere solicitado la suspensión provisional se procederá a dar cumplimiento al artículo 96". Por otra parte, el artículo 128 de la misma obra dice: "Hasta el último día de la fijación en lista puede aclararse o corrregirse la demanda por el actor. En tal caso volverá a ordenarse la actuación del artículo 126; pero del dercho de variar la demanda solo puede hacerse uno por una sola vez".
>
> "Los textos comentados no dan lugar a distingos de naturaleza alguna. La ley no los establece, ni explícita ni implícitamente, y, por tanto, al juzgador no le está permitido señalarlos por vía de doctrina. Si en el artículo 126 se enumeran los puntos que debe contener el auto admisorio de la demanda; si entre ellos figura el relacionado con la procedencia o improcedencia de la suspensión provisional, cuando ésta se haya solicitado; y si el artículo 128, ene forma expresa y categórica, ordena que en caso de corrección del libelo original se repita el procedimiento y se decida sobre las mismas materias enumeradas en el 126, sin excluír a ninguna de ellas, el juez está obligado, por mandato ineludible de la ley, a pronunciarse nuevamente sobre la viabilidad de la suspensión provisional.
>
> "El escrito de aclaración o de corrección no constituye una nueva demanda. Por el contrario, forma con el libelo primitivo una unidad jurídica en cuyos planteamientos se determina en sus límites precisos y definitivos la materia propia de la controversia, la posición de los actores y aún los poderes legales que tiene el fallador. Y, precisamente, porque en el pronunciamiento sobre la suspensión provisional deben considerarse todos los motivos de la acción unificada y no solo los de la acusación inicial, las normas procesales disponen que al fijarse con exactitud los hechos, el derecho y las razones del ataque, se reinicie la actuación a fin de que se califique la totalidad de los cargos, y no solo un aspecto del litigio. Si así no fuera, en muchos casos no se realizarían los objetivos perseguidos por la Constitución y por la ley al establecer y desarrollar la institución de la suspensión provisional. Los textos no ofrecen oportunidad a apreciaciones distintas.
>
> "Por los motivos expresados, la Sala estima que se debe revocar el auto de 3 de agosto de 1964, dictado por el sustanciador en este negocio, pero sólo

en cuanto por él se negó la suspensión provisional con base en que esa medida no era procedente en el caso de corrección de la demanda inicial".

Ahora bien:

El artículo 126 de la Ley 167 de 1941 fue subrogado por el artículo 207 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante le Decreto Ley 01 de 1984, con algunas moddificaciones relativas principalmente, a las notificacionees del auto admisorio de la demanda (nums. 1 y 2 del artículo 206 citado), al término de la fijación en lista y las finalidades de tal actuacion (num. 3 del mencionado artículo 206), a la solicitud e los anteecedentes administrativos (num. 4 art. 206), la cual se contempla expresamente en la Ley 167 de 1941, como deber del sustnaciador, en los juicios sobre revisión de reconocimientos periódicos (art. 167, inciso 1°) y como carga del Ministerio Público en los juicios sobre revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos (art. 279). Finalmente el articulo 207 del Código adoptado en 1984 no reprodujo el parágrafo del artículo 126 de la Ley 167 de 1941, conforme al cual si hubiere solicitud de suspensión provisional debía darse cumplimiento al art. 96 de la citada ley. Por el contrario, el artículo 128 de la Ley 167 de 1941 fue reproducido casi textualmente por el artículo 208 del Código Contencioso Administrativo de 1984 (Decreto Ley 01 de ese año).

Mas es evidente para la Sala que la no reproducción del citado parágrafo no varió, en lo más mínimo, la obligación de estudiar y decidir la solicitud de suspensión provisional en los umbrales del proceso (una vez admitida la demandda y antes de surtirse las comunicaciones y la fijación en lista, como lo ordenaba el artículo 96 de la Ley 167 de 1941 o en el mismo auto admisorio de la demanda, como lo dispuso el art. 155 del Código Contencioso Administraativo adoptado en 1984). No considera pertinente la Sala examinar en esta oportunidad las modificaciones introducidas sobre el particular por el Decreto Ley 2304 de 1989, toda vez que el caso que ahora se estudia se rige por lo regulado en el estatuto contencioso administrativo de 1984.

Establecida, así, la inanidad de la no reprodución por el art. 207 del C.C.A de 1984 del parágrafo único del artículo 126 de la Ley 167 de 1941°, fácil resulta concluír que la jurisprudencia sentada por la Sala Contencioso Administrativo de la Corporación en la providencia ya transcrita, coonserva su vigencia y resulta aplicable plenamente al *sub-lite*, no solo por la similitud del caso entonces decidido con el que ahora ocupa la atención de la Sala, sino porque la lógica de las cosas así lo indica,. máxime si se considera, como resulta forzoso hacerlo, que el recurrente se ha visto forzado a afrentar la situación procesal en que se encuentra, por la falta de pronunciamiento del conductor del proceso respecto del escrito de corrección o adición de la demanda, decisión que fue omitida e inexplicable-

mente reemplazada por un auto de "cúmplase" que no procedía dictar ante el referido escrito correctivo o aditivo del libelo inicial. Se impondrá, pues, la revocatoria del auto suplicado, mas no podrá esta Sala de decisión ocuparse en el estudio de la suspensión provisional impetrada, toda vez que esa decisión, compete a la Sección, como sin lugar a hesitación alguna se desprende de lo previsto por el artículo 32 del Decreto Ley 2304 de 1989, que modificó lo que sobre el particular preceptuaba el artículo 154 del Código Contencioso Administrativo adoptado por el Decreto Ley 01 de 1984. Se dispondrá en consecuencia, que el proceso regrese al despacho para que proceda a proyectar la providencia que resuelva tanto sobre la admisión de la demanda adicionada o corregida, como respecto de la solicitud de suspensión provisional impetrada por la parte actora.

En mérito de lo expuesto,

**SE RESUELVE:**

1. Revócase el auto suplicado de fecha veinte (20) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

2. En su lugar se dispone que regrese el expediente al despacho del señor Consejero Conductor del proceso a fin de que elabore la ponencia que decida sobre la corrección o adición a la demanda y respecto de la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte actora.

Cópiese y notifíquese.

*Antonio José de Irisarri Restrepo*, *Carlos Ramírez Arcila*, Conjuez; *Julio César Uribe Acosta.*

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

# SECCION CUARTA

**DEMANDA/ CADUCIDAD** - Interrupción

**La fecha de presentación de la demanda interrumpe el término de caducidad y las partes en el proceso no tienen por qué ver sus derechos menoscabados por las dilaciones en el trámite interno después de recibida la demanda, porque la fecha de su presentación es la que se cuenta para determinar su caducidad la que comienza a contarse a partir del día de "la publicación, comunicación, modificación o ejecución del acto", siendo su término de cuatro meses cuando la acción que se ejecuta es la de restablecimiento del derecho.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.-* Bogotá, D.E., enero veintiseis (26) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2402. Actor: Héctor Octavio López Conde C. Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué.

Apelación auto de 12 de diciembre de 1988, del Tribunal Administrativo del Tolima que inadmite la demanda. AUTO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el apoderado del actor contra el auto de fecha doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), (fl. 20), por el cual se inadmitió la demanda formulada el 10 de noviembre anterior contra los actos administrativos mediante los cuales le fueron determinados los impuestos de renta y complementarios por la vigencia fiscal de 1986 en cuantía de $ 11.608.440 pesos M/Cte., incluyendo la sanción del 200% por aforo, así:

1. Liquidación de aforo No. RC-0017 de noviembre de 1987, originaria de la Sección de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué;

2. La Resolución No. A-000025-1 de 26 de mayo de 1988 de la Dirección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué que confirmó la anterior, agotándo la vía administrativa; ésta Resolución se notificó al contribuyente, en forma personal, el 15 de julio de 1988;

3. La demanda se presentó el 10 de noviembre de 1988, en la Secretaría del Tribunal Administrativo del Tolima;

4. El doce (12) de diciembre de ese año el Tribunal *a-quo* no admitió la demanda por no designar las partes y sus representantes, según la exigencia del numeral $1^{o}$ del artículo 143 del C.C.A., y agregó: "El anterior defecto se hubiere podido subsanar concediendo cinco días para ello, pero como la demanda fue entablada el 10 de noviembre la cual ingresó al Despacho después del reparto, el día 18 del mismo mes, lo que indica que cuando entró al Despacho del Magistrado conductor del proceso, ya habían transcurrrido los cuatro meses de la ley, teniendo en cuenta que la presentación de una demanda que adolezca de defectos no interrumpe el término de caducidad, motivo por el cual a términos de lo predicado por el artículo 143 del C.C.A., lo procedente en casos como el de estudio, es inadmitir la demanda".

## SE CONSIDERA:

El artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, (Decreto 51 de enero de 1984), en el cual funda su decisión el Tribunal, dice textualmente:

> "Artículo 143 Negativa de curso, inadmisión y correción de la demanda. "No se dará curso a la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpirá los términos para la caducidad de la acción".
>
> "El ponente por auto susceptible de reposición expondrá los defectos para que el demandante los corrija en el término de cinco (5) días, siempre que éste queda comprendido en el de caducidad; si no lo hiciere o no fuere posible la corrección en razón de la caducidad, no se admitirá la demanda. Igual providencia se dictará en caso de falta de jurisdicción, o caducidad".
>
> "En caso de falta de competencia se ordenará enviar el expediente a la corporación que fuere competencia".

"El auto de inadmisión lo dictará la Sala y será susceptible de apelación, pero sí el proceso fuere de única instancia, lo proferirá el ponente y procederá el recurso de súplica".

En el caso *sub-lite*, la situación procesal es distinta a como se refiere en el auto. En efecto, la fecha de presentación de la demanda interrumpe el término de caducidad y las partes en el proceso no tienen por que ver sus derechos menoscabados por las dilaciones en el trámite interno después de recibida la demanda, porque la fecha de su presentación es la que se cuenta para determinar su caducidad la que comienza a contarse a partir del día de "la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto", siendo su término de cuatro meses cuando la acción que se ejecuta es la de restablecimiento del derecho. En el caso *sub-lite* la actuación es la siguiente:

a) La Resolución No. 000025 de 26 de mayo de 1988, que agotó la vía administrativa se notificó en forma personal al demandante, el 15 de julio de 1988, por lo cual la caducidad se operaba a partir inclusive, del día 16 de noviembre siguiente;

b) La demanda se presentó el 10 de noviembre de ese año, faltando para vencerse el término de caducidad cinco días, esto es, los días once, doce, trece, catorce y quince de diciembre; la caducidad entonces se produciría a partir del 16 de noviembre".

Conforme a lo expuesto, debía el ponente devolver la demanda, indicando los defectos de que adolecía, para su corrección en el término de cinco días.

El apelante al sustentar el recurso, alega que si se demanda una persona jurídica de derecho privado, debe demostrarse en representación con la correspondiente certificación de la Cámara de Comercio de su domicilio, pero cuando se demanda a una entidad de derecho público, no es indispensable designar el nombre de la persona natural que la representa "porque, de hecho se considera que, la representación legal la ejerce el Ministro, el Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente,Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o Crontralor, el Director de Presupuesto Nacional o el Fucnionario que expidió el acto acusado, según los artículos 139 aparte 5 y 149 último aparte del C.C.A., según el caso litigioso". Se contenta al señor apoderado que el artículo 139 en el inciso 4$^{o}$ se refiere a la obligación de acreditar con la demanda la existencia y representación de la persona jurídica demandada, de la cual la misma norma lo releva cuando se demanda a una persona jurídica de derecho público, pero la exigencia del artículo 137 del mismo estatuto, es solo en cuanto a que la demanda debe contener: a) la designación de las partes y sus representantes", cuestión diferente a la comprobación de la existencia y representación de una persona jurídica de derecho público, como son la Nación, los Departamentos, Municipios

e Intendencias y Comisarías. Por lo mismo, se trata de una exigencia procedimental que debe ser satisfecha.

Y en relación con el artículo 149 ibídem, él se refiere a la representación de las entidades públicas que comparecen como demandantes o demandados en el Proceso Contencioso Administrativo, los cuales saben estar *debidamente acreditados*, de suerte que si lo hacen en su calidad de empleados públicos, debe acreditarse su vinculación al servicio oficial. De esto no se trata en este evento, sino que el demandante ignoró cumplir la exigencia del artículo 137, numeral 1º del C.C.A.

Así las cosas, procede revocar el auto apelado y conceder el demandante cinco (5) días para que enmiende los defectos de que adolece la demanda por no indicar el nombre de las partes y de sus representantes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo,

**RESUELVE:**

Revócase el auto apelado y en su lugar se dispone: concederse cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta providencia a la parte demandante, para que indique por escrito, la parte demandada y la persona que lleva su representación conforme al literal a) del artículo 137 del C.C.A., cumplido lo anterior el Tribunal Administrativo del Tolima, resolverá sobre la admisión de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la Sesión de la fecha.

*Guillermo Chahín Lizcano*, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate*, Aclaración de voto; *Carmelo Martínez Conn*, *Consuelo Sarría Olcos*, Ausente.

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**CADUCIDAD** - Interrupción (Aclaración de voto)

**No puedo compartir la afirmación hecha a continuación de la transcripción del art. 143 cuando dice: "En efecto, la fecha (sic) de la presentación de la demanda interrumpe el término de caducidad..." porque es contrario a lo que la citada norma expresa de manera clara al final del primer inciso: "No se dará curso a la demanda que carezca de los requisitos... y su representación no interrumpirá los términos para la caducidad de la acción".**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.-* Bogotá, D.E., febrero cinco (5) de mil novecientos noventa (1990).

*Consejero ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2402. Actor: Héctor Octavio López Conde. Auto de enero veintiseis (26) de mil novecientos ochenta y nueve (1989). Consejero ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Con el debido respeto a los colegas, no puedo compartir la afirmación hecha a continuación de la transcripción del artículo 143 cuando dice: "En efecto, la fecha (sic) de la presentación de la demanda interrumpe el término de caducidad..." porque es contrario a lo que la citada norma expresa de manera clara al final del primer inciso: "No se dará curso a la demanda que carezca de los requisitos... y su presentación no interrumpirá los términos para la caducidad de la acción".

Pero acepto la solución adoptada con base en que el término de 5 días que contemplaba el art. 143 debía contarse a partir de la fecha de presentación de la

demanda y no de la entrada al Despacho del Magistrado (como lo entendió el Tribunal) y por tanto, en el caso planteado, podía otorgarse dicho término de corrección tal vez sin contrariar la jurisprudencia que venía sosteniendo la Sala en el sentido de que "la posibilidad de devolver la demanda para ser corregida opera solamente cuando ello sea posible dentro del término de caducidad" (Exp. 2346- Auto de septiembre 8 de 1989 - Dra. Consuelo Sarria O.).

Pero además, no veo por qué no puede darse aplicación inmediata a la corrección que a la rigidez del art. 143 del C.C.A., le hizo el Decreto 2304 de octubre 7/89 en el art. 26, para corregir "los defectos simplemente formales", permitiendo el Magistrado conceder los cinco días aún después de vencido el término de caducidad, siempre que la demanda se haya presentado en tiempo.

*Jaime Abella Zárate.*

**POTESTAD REGLAMENTARIA** - Exceso/ **EXENCION ADUANERA**

**Se advierte clara y directamente el exceso, el desbordamiento que se plantea como razón de ilegalidad del decreto demandado si se considera que el Presidente de la República probablemente podía al ejercitar su poder reglamentario "establecer los detalles de ejecución para darle eficacia en la práctica" a las exenciones aduaneras que la ley consagró en favor del INA –hoy IDEMA–, pero que de ninguna manera podía, como lo hizo, establecer disposiciones que, por no estar implícitamente contenidas en la ley reglamentada, se tornan en disposiciones nuevas de carácter legislativo y por ello contrarias también al ordenamiento constitucional.**

*DECLARAR NULO el Decreto Reglamentario No. 1342 de 26 de mayo de 1966, proferido por el Gobierno Nacional.*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 1824 y 1833 acumulados. Actores: Mauricio Sarria Barragán y Daniel Suárez Hernández. Autoridades Nacionales. Acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario No. 1342 de 26 de mayo de 1966 proferido por el Gobierno Nacional. FALLO.

Los ciudadanos MAURICIO SARRIA BARRAGAN y DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, separadamente demandaron la nulidad del Decreto Reglamentario No. 1342 de 1966 y previa acumulación de los procesos, oportunamente decretada, procede la Sala a dictar su sentencia.

## I. EL ACTO ACUSADO

Se trata como se dijo del Decreto Reglamentario No. 1342 de 1966 cuyo texto íntegro es el siguiente:

"DECRETO NUMERO 1342 DE 1966. (Mayo 26).

Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 5a., de 1944 y el Decreto-ley 709 de 1964.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones constitucionales, en especial la que le confiere el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional,

**DECRETA:**

"Artículo 1°. En los casos en que se presenten Registros y/o Licencias de Importación por el INA para un tercero, es necesario que el INA como recursos propios cargue el precio de venta del producto importado un valor porcentual equivalente al impuesto de aduana que al producto le correspondería –según su posición en el Arancel de Aduanas–, si fuere importado por persona natural o jurídica que no gozare de la exención correspondiente, a fin de que la Dirección General de Aduanas, reconozca las exenciones arancelarias consagradas en el Decreto 709 de marzo 30 de 1964.

"Parágrafo. El valor C.I.F. en pesos, del producto importado, será la base para la aplicación del valor porcentual.

"Artículo 2°. El traspaso inmediato del producto importado por el INA o la presentación de Registros y/o Licencias de importación por su parte y para terceros, no dará lugar a gravar al adquirente con los derechos arancelarios.

"Artículo 3°. La Contraloría General de la República, por intermedio de la Auditoría Fiscal ante el INA, vigilará la observancia de este Decreto.

"Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

"Dado en Bogotá, D.E., a 26 de mayo de 1966".

## 2. LAS DEMANDAS

Las demandas pretenden la nulidad del Decreto antes mencionado formulándole cargos de Inconstitucionalidad e ilegalidad que por su semejanza en la presentación se pueden resumir así:

a) *Normas que se predican violadas*: Artículos 43 y 120 ordinal 3° de la Constitución, Ley 5a., de 1944, Decreto 709 de 1964, artículo 14 de la Ley 153 de 1987 y parágrafo 2° del artículo 47 del Decreto 2420 de 1968, numerales 3° y 10 del artículo 42 del Decreto 133 de 1976 y Decreto 2367 de 1974.

b) *Concepto de la violación*. En opinión de los demandantes, la vilación del artículo 43 de la Carta Política resulta del hecho de que por medio de un decreto reglamentario, el acusado, se creó una contribución a cargo de los importadores de trigo particulares con destino a recursos propios del IDEMA, siendo que la creación o modificación de las contribuciones y demás instituciones impositivas es función privativa del Legislador.

En cuanto a la violación del artículo 120, ordinal 3°, constitucional, se hace consistir en que diciendo ser reglamentario de la Ley 5a., de 1944 y del Decreto 709 de 1964, el acto acusado no tiene relación de conexidad con las disposiciones legales supuestamente reglamentadas. Arguye así uno de los actores (folio 7, expediente No. 1824):

> "Ninguna de las normas supuestamente reglamentadas, toca en sentido alguno, con la posibilidad de que las exenciones del Impuesto de Aduana reconocidas al IDEMA (anteriormente INA), puedan ser transformadas en fuentes de recursos propios para el establecimiento. El Decreto Extraordinario 709 de 1964 versa exclusivamente sobre exenciones de derechos aduaneros en general, respecto de las entidades de derecho público, lo que de suyo supone que nada tiene que ver directamente con el Idema, y menos con sus fuentes de recursos. Y en cuanto a la Ley 5a., de 1944 si bien prescribe en su artículo 13, que el INA (ahora IDEMA), será manejado con criterio de servicio público, la razonable ganancia de que trata ésta norma esta muy lejos de entender, que para obtenerla, otorgara la posibilidad de convertir en renta una exención tributaria.
>
> "En otros términos, ninguna de las disposiciones materia de la reglamentación, admite la posibilidad para que la exención al Impuesto de Aduana establecida en favor del Idema, pueda convertirse en recurso propio, y haga parte de su patrimonio, cuando este Instituto importa para terceros".

A renglón seguido se invoca la jurisprudencia que en relación con la potestad reglamentaria ha producido en prohija medida, el Consejo de Estado, citándose varias de las providencias que la contienen.

La violación de la Ley 5a., de 1944 y del Decreto 709 de 1964 la conceptúan los demandantes por razón del desbordamiento que sufren dichos estatutos en virtud del decreto reglamentario, el cual a su entender excede la materia reglamentable de una y otro. Se trata pues de una violación por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En cuanto a la violación del parágrafo 2° del artículo 2420 de 1968, los numerales 3° y 10 del artículo 42 del Decreto Ley 133 de 1976 del Decreto 2367 de 1974 (normas que anota la Sala, comenzaron a regir tiempo después que el decreto acusado) dicen los demandantes que se origina en razón de que no era posible que se otorgaran al Idema atribuciones para importar trigo a nombre de terceros, porque una decisión en tal sentido se apartaría de sus propósitos y finalidades propias señaladas en la ley. Finalmente, se dice que el decreto acusado viola el artículo 14 de la Ley 153 de 1987 por cuanto el decreto acusado es inaplicable desde cuando se dictó el Decreto 1979 de 1974 que eliminó las exenciones vigentes hasta entonces en materia de importaciones de las entidades descentralizadas. Uno de los demandantes el señor Daniel Suárez Hernández plantea como petición principal que se declare inaplicable el Decreto 1342 de 1966 y como petición subsidiaria que se declare su nulidad.

3. *La oposición de la administración.* Concurrieron a la defensa de la legalidad de la norma acusada delegados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Ministerio de Agricultura y del Instituto de Mercadeo Agropecuario, los cuales son coindicentes en los diferentes alegatos que obran en los dos procesos anteriores a la acumulación, en manifestar, en contra de lo alegado por los demandantes que el Decreto 1342 de 1966 se encuentra vigente y es aplicable en la actualidad y que no es cierto que haya sido tácitamente derogado por el Decreto 1979 de 1974.

En cuanto a la legalidad del acto demandado se destaca lo afirmado por el señor apoderado del IDEMA en su alegato de conclusión (fol. 154, Exp. No. 1833):

> "5. Por qué es necesario, legal, constitucional y conveniente el Decreto 1342 de 1966?. Ya en la contestación de la demanda y en este escrito se probó cómo la Ley 5a., de 1944 y el Decreto 1342 de 1966, todo ratificado por los Decretos Legislativos de 1974. Pero, para hacer más comprensible la respuesta a la pregunta aquí planteada, nos permitimos utilizar la imaginación para construír la hipótesis que, de hacerse realidad, satisfacería los deseos de los demandantes.
>
> "Imaginemos que no existe el Decreto 1342 de 1966. ¿Qué pasaría?.
>
> "Permanece, aún hasta la actualidad, la exención citada, a favor del IDEMA. Eso no se discute, ni se desconoce, por nadie. Supongamos que un comerciante o una sociedad molinera importa a través del IDEMA. Si la exención se trasladara del IDEMA al comerciante, eso sí que sería una posición inconstitucional, ilegal e inconveniente, como se planteó en la contestación. En ese hipotético caso –que es lo que pretenden en el fondo los actores–, el beneficiado no sería el IDEMA, sino el comerciante, o, el molino respectivo, que importa. No se daría el principio de la igualdad de

las cargas públicas. Algunos particulares estarían siendo tratados con los privilegios de entidades públicas, que buscan un buen desarrollo económico y social, necesario en el contexto actual de la Constitución Nacional y novedoso en las reformas de 1936 y 1968. Es decir, algunos particulares se beneficiarían inconstitucional e ilegalmente, a costa de la exención del IDEMA. Por otro lado, si el particular pagara los impuestos de aduana y demás, en el caso que nos ocupa, éstos entrarían a engrosar las fuentes rentísticas del IDEMA, pues su presupuesto no se rige por la centralización del Nacional, sino por la descentralización. Así que su origen es descentralizado, luego su destinación igual, si tenemos en cuenta la personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa (remitimos a lo dicho en la contestación de la demanda, en este punto).

"Por esto último, de acuerdo a lo ordenado a la Ley 5a., de 1944, el IDEMA puede, de una vez, convertir dicho equivalente en fuente rentística, para no caer en posiciones ilegales e inconstitucionales, al exonerar de impuesto a algunos particulares, discriminación que, indudablemente, va en contra del bien común.

"A propósito del bien común: estamos totalmente de acuerdo y coincidimos, con lo dicho por el Dr. Sarria. Dice él en sus alegatos de conclusiones; "No es posible sostener que la finalidad que se le dio a una exención creada en 1964 como recurso propio del INA, a través del Decreto 1342, se puede aplicar a partir de 1974, una vez dictados los Decretos 1979 y 2367 de ese año, a una exención por ello definida" (C. fr. alegatos, adverso folio 95). Por ello, es que el IDEMA sigue actuando de acuerdo al Decreto 1342 de 1966, aún después del 79, pues si dejara la exención, como privilegio del particular, sí estaría dando otra definición a dicha exención".

4. *La opinión del Ministerio Público*. El señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, doctor Jaime Ossa Arbeláez, emitió concepto de fondo en el cual solicita se denieguen las súplicas de la demanda puesto que, de una parte, el Decreto 1342 de 1966 no fue derogado por el Decreto 1979 de 1974 y por la otra, ninguno de los cargos de violación de norma superior merecen tenerse como fundados.

Expresa el distinguido colaborador Fiscal que:

"Aparece, entonces, que el Decreto 1342 de 1966 al reglamentar la Ley 5a., de 1944 y el Decreto 709 de 1964, les da una aplicación adecuada sin excederlos ya que consagrada en las disposiciones reglamentadas la exención del Impuesto de Aduanas para las entidades públicas y siendo unas de las funciones del INA facilitar las importaciones, no podrá extenderse la exención misma a los particulares que realizan esa actividad así sea a traves del Instituto. De allí que se hubiera dispuesto que paguen el gravamen directa-

mente al INA, sin que esto, en manera alguna, implique el establecimiento de un tributo o gravamen". (fl. 175, Exp. No. 1833).

5.*Las consideraciones de la sección.* Lo primero que debe ser definido por la Sala es lo concerniente a la vigencia o nó del acto acusado, ya que el pronunciamiento de fondo sobre su legalidad depende, ciertamente, de esta definición preliminar. Con este propósito la Sala advierte que no se trata de una derogatoria expresa la que afectaría la vigencia del Decreto 1342 de 1966 sino que ella tendría la forma de una derogatoria tácita producida, según lo entienden los demandantes cuando por medio del decreto con fuerza de Ley No. 1979 de 1974 se eliminaron exenciones de impuestos a las importaciones de las entidades descentralizadas, las que posteriormente fueron restablecidas parcialmente, y entre ellas las relativas a comercialización de alimentos por medio del Decreto 2367 de 1974.

Pero el debate aparece decidido por el propio Gobierno, que mediante afirmaciones categóricas dentro del proceso realizadas por agentes suyos, por un lado, y con la sistemática y continuada aplicación del acto administrativo demandado, por otro, corrobora el entendimiento de la vigencia del mismo. Obran además en éste sentido manifestaciones tales como la que hace el Gerente del IDEMA en la carta que obra al folio 2 (Exp. 1833) que en lo pertinente dice:

"Me he demorado en dar respuesta a su comunicación No. 23402 del 5 de los corrientes, mediante la cual expresa algunas dudas respecto de la legalidas y la vigencia de las diśposiciones en que se apoya la cláusula séptima de la minuta de contrato de importación de trigo pera terceros, estudiando sus argumentos para tener la certeza de la posición del IDEMA.

"Sobre el particular manifesto a usted que analizadas sus observaciones, este Instituto ha llegado a la conclusión que los Decretos 709 de 1964 y 1342 de 1966 se encuentran vigentes, no siendo de competencia del IDEMA, cuestionar su legalidad o constitucionalidad".

Es claro entonces para la Sala, que está en presencia de un acto administrativo que se aplica por organismos estatales a particulares y que es procedente un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad. Por lo demás, carece el Consejo de Estado de facultad para hacer un pronunciamiento como el que se le solicita por uno de los demandantes en el sentido de que declare inaplicable la norma acusada por no estar en vigencia, así como carece de acción el demandante para formular tal pretensión a través de la que desarrolla el contencioso de legalidad, esto es la acción de nulidad. No existe en nuestra legislación procesal administrativa una acción de inexequibilidad contra actos administrativos que permita al Juez administrativo hacer declaración como la que se pretende.

Adicionalmente estima la Sala que tanto el Decreto 1979 de 1974, como el 2367 del mismo año, separados en su expedición apenas por un mes, y dictados por el Presidente de la República en desarrollo de la emergencia económica decretada mediante el Decreto 1970 de 1974, conforman un solo estatuto, relativo al régimen de exenciones tributarias para las entidades públicas descentralizadas que adiciona, complementa y modifica lo establecido al respecto por el Decreto-Ley 709 de 1960, conformando con éste un todo orgánico que constituye lo que pudiera denominarse "el marco legal de las exenciones aduaneras de las entidades públicas". De otra parte, se toma en cuenta que el Decreto 1979 de 1974 no puede ser derogatorio del 709 de 1960 por la potísima razón de que éste no crea ningún tipo de exención para las entidades públicas y tan sólo se limita a establecer un reglamento de tipo legal para el otorgamiento y reconocimiento de las exenciones existentes, señalando tanto los requisitos como los procedimientos que deben cumplirse a tales efectos.

Procede pues, el estudio sobre la violación de normas legales superiores de acuerdo a los cargos que se formulan en tal sentido para decidir si se anula o nó el acto administrativo contenido en el Decreto 1342 de 1966 demandado.

Es cierto, como lo anotan los demandantes que el Decreto acusado dice reglamentar parcialmente la Ley 5a., de 1944 y el Decreto 709 de 1964 y de acuerdo con las facultades que se invocan para su expedición no cabe duda que se trata de un verdadero decreto reglamentario expedio en desarrollo de las facultades que la constitución otorga al Presidente de la República en su artículo 120 ordinal $3^{o}$. Ahora bien, se tiene que su expedición tuvo por finalidad regular el caso en el cual el INA (hoy IDEMA) presentaba solicitudes de registro o licencias de importación para un tercero, disponiéndose que, como el ente oficial gozaba de exención de derechos aduaneros y el tercero nó, éste debía pagar a aquél el equivalente al Impuesto de Aduana que correspondería pagar si el producto fuera importado por persona que no gozara de exención. Igualmente dispuso el aludido decreto reglamentario que el IDEMA percibiría tales ingresos como "recursos propios".

Identificados así la naturaleza, finalidad y contenido del acto administrativo cuya legalidad se juzga, puede la Sala realizar una confrontación inicial entre su texto y el de los estatutos que se dice son objeto de reglamentación con el propósito de establecer, qué disposiciones, en concreto, de la ley son reglamentadas y si tal reglamentación se encuadra conceptual, ideológica y materialmente dentro de las normas legales reglamentadas. Este análisis se encuentra con la dificultad consistente en que tratándose de una "reglamentación parcial" de los estatutos legales que contienen cada uno, variedad de disposiciones y no habiéndose indicado expresamente la parte específica que se reglamentó, es necesario repasar complementamente el contenido de tales estatutos para tener la definición inicial

requerida. Recuerda la Sala a éste respecto que uno de los cargos que formulan los demandantes es el de que nó existe conecisad alguna entre el reglamento y las leyes supuestamente reglamentadas.

Para la Sala tampoco es claro que exista identidad de materia entre las disposiciones contenidas en los 16 artículos que abarca la Ley 5a., de 1944 que crea el Instituto Nacional de Abastecimiento y lo que se regula en el Decreto Reglamentario. No es clara igualmente esa identidad con relación a los diez artículos que conforman el Decreto Ley 709 de 1964 "por el cual se reglamentan las extenciones de derechos aduaneros de importación para la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, el Distrito Especial de Bogotá y las empresas o establecimientos públicos descentralizados vinculados a tales entidades". No es fácil, pues, encontrar la disposición o disposiciones objeto de reglamentación y ello conduce fatalmente a otorgarle la razón a los demandantes.

Aún, siendo la Sala en extremo cuidadosa, en éste análisis, advierte que tan sólo dos normas de los citados Ley y Decreto se relacionan, muy ligeramente por cierto, con la materia tratada por el Decreto Reglamentario así: a) De una parte, el artículo 9$^{o}$ de la Ley 5a., de 1944 cuando dispone que el INA (hoy IDEMA) está exento de toda clase de Impuestos Nacionales, Departamentales y Municipales, así como los productos que adquiere, venda o distribuya, lo cual desde luego supone que se establece una exención general de todo tipo de impuestos, incluyendo el de importaciones, sobre los bienes que importe dicho Instituto Oficial. Empero, cabe preguntarse si la consagración legal de la exención general de Impuestos que contiene la norma comentada constituye base legal suficiente y necesaria para las disposiciones que adopta el reglamento acusado en el sentido de transformar dichas exenciones, cuando se trata de impuestos aduaneros, en fuente de recursos propios para el INA. Los demandantes consideran que nó y de ello concluyen que la Ley 5a., que se predica reglamentada es excedida por el reglamento, por cuanto "ninguna de las disposiciones materia de la reglamentación, admite la posibilidad para que la exención al Impuesto de Aduana establecida en favor del Idema, pueda convertirse en recurso propio, y haga parte de su patrimonio, cuando ese Instituto Importa para terceros". (fol. 7 Exp. 1824).

Estima la Sala que asiste razón a los demandantes en cuanto a la violación de la norma legal por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, que aducen y que respaldan conceptualmente rememorando la jurisprudencia de esta Corporación en materia de la naturaleza, alcance y limitaciones de la potestad reglamentaria.

Concuerda la Sala con la doctrina que por reiterada se puede denominar como tradicional, expuesta en numerosas sentencias y autos, que se invoca por

los demandantes y que considera en esencia que "el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República esta limitado y cumple la finalidad de complementar la ley desarrollando los detalles de aplicación de los principios que ella contiene. Esta potestad reglamentaria al excederse estableciendo nuevas disposiciones, requisitos o formalidades diferentes de los contemplados en la ley, viola la misma de manera directa y de manera indirecta y Constitución Nacional al sustituírse sin la debida autorización la potestad legislativa del Congreso. Esto es, que la potestad reglamentaria estará limitada a complementar la ley estableciendo los detalles de la ejecución para darle eficacia en la práctica, sin que esto implique que pueda establecer nada que implícitamente no se haya contenido en la misma". (Sentencia de mayo 29 de 1985, Sección Primera, Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado, Exp. 4371. Actor: Rafael Juvinao)".

Y en efecto, en el caso que se juzga, se advierte clara y directamente el exceso, el desbordamiento que se plantea como razón de ilegalidad del decreto demandado si se considera que el Presidente de la República probablemente podía al ejercitar su poder reglamentario, "establecer los detalles de ejecución para darle eficacia en la práctica" a las exenciones aduaneras que la ley consagró en favor del INA, pero que de ninguna manera podía, como lo hizo, establecer disposiciones que, por no estar implícitamente contenidas en la ley reglamentada, se tornan en disposiciones nuevas de carácter legislativo y por ello contrarias también al ordenamiento constitucional.

b) De igual manera, el análisis del Decreto 709 de 1964 permite observar que la norma legal que pudiera tener alguna relación o afinidad con el Decreto Reglamentario, es el artículo 7° que dispone:

> "Art. 7°. Los elementos que se importen al amparo de los beneficios de la exención de derechos de aduana consagrados en este Decreto, solo podrán utilizarse para los fines de desarrollo económico o de perfeccionamiento de los servicios públicos de las entidades a cuyo favor se reconozca la exención. El incumplimiento de esta norma dará lugar al pago, por parte de la entidad importadora, de los derechos de aduana que hubieren sido exencionados, sin perjuidico del decomiso de tales elementos, de acuerdo con las normas generales sobre la materia. La Dirección General de Aduanas velará por el cumplimiento de esta disposición".

No obstante, cabe aquí también la pregunta: si es ésta la norma reglamentada por el Decreto 1342 de 1966 no se produce un desbordamiento total de la norma legal en cuanto la ley dispone que la indebida utilización de los bienes importados como exentos se sanciona con el cobro de los derechos que hubieren sido exencionados, sin perjuicio del decomiso de tales elementos, al paso que el reglamento determina que la exención, en el caso del IDEMA no se transfiere al particular

(en caso de importación para terceros) sino que su equivalente debe ser pagado por éste paro a título diferente del de derechos de aduana, con destinación diferente a la legalmente establecida y sobre una base gravable que el mismo reglamento establece.

Es evidente que sí, que el Decreto 709 de 1964 no contiene en su artículado materia reglamentable que hubiere permitido al Gobierno, sin excederlo, tomar las disposiciones que tomó.

Lo anterior es suficiente para considerar que se violó con la expedición del Decreto 1342 de 1966, de una parte las normas con fuerza de ley que se citaron como objeto de la reglamentación, es decir, la Ley 5a., de 1944 y el Decreto 709 de 1964 y de otra, el artículo 120, ordinal 3° de la Carta Política.

Pero el Decreto Reglamentario es también, como lo afirman los demandantes violatorio del artículo 43 de la Constitución Nacional. En efecto, si como se dijo, no tiene respaldo en las leyes que se invocan como reglamentadas y sí regula como se infiere de su texto aspectos atañaderos a la función impositiva, forzoso es concluír que se actuó al expedirlo por parte del ejecutivo usurpando atribuciones propias y exclusivas del legislador.

Es evidente para la Sala que cuando el decreto acusado dispone que el particular debe pagar al IDEMA, con destino a sus áreas lo que hubiera debido pagar al Tesoro Nacional por concepto de derechos de aduana de importación si efectuara la importación por cuenta propia, está afectando por lo menos los siguientes elementos del impuesto de aduanas: a) el hecho gravado, que ya no es la importación, sino la compra que hace el particular al IDEMA de los bienes que éste importa exentos del referido gravamen; b) el sujeto pasivo, que es el importador y que en el caso analizado pasa a serlo al tercero para el cual hace la importación el IDEMA; c) El destinatario del tributo, o sujeto activo del impuesto, que deja de serlo el Tesoro Nacional para ser sustituido por una entidad descentralizada; y d) Finalmente, se señala una base gravable que es "el valor C.I.F., en pesos del producto importado", a veces del parágrafo del artículo 1o. Desde otro ángulo se observa que de alguna manera el decreto acusado incursiona sin aptitud constitucional o legal para ello en el campo de las exenciones tributarias que es igualmente materia reservada al legislador. Y aún más, en su artículo 2o determina que en algunos casos, cuando "el traspaso inmediato del producto importado por el INA o la presentación de Registros y/o licencias de importación por su parte y para terceros" no habrá lugar a que el particular paque el tributo a que se refiere el artículo 1o, lo que en buen romance significa que el malogrado decreto no sólo estableció un gravamen (o lo modificó) sino que además, le estableció las exenciones correspondientes. Todo lo anterior, desde luego con violación del artículo 43 de la Constitución Política.

Estima pues la Sala, en consideración a que prosperan los cargos anteriormente analizados que ellos es suficiente motivo para declarar la nulidad del acto administrativo acusado y así procederá a emitir su fallo.

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:**

DECLARASE NULO el Decreto Reglamentario No. 1342 de 26 de mayo de 1966 proferido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y archívense los expedientes.

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

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

*Jorge A, Torrado*, Secretario.

**PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO/ PRUEBA CONTABLE**

**La determinación del tributo y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente por los medios de prueba señalados en las normas tributarias o en el C.P.C., en cuanto sean compatibles con aquellos. El Régimen Tributario no crea medios probatorios; se vale de los establecidos por el derecho, que define y regula el C.P.C. El Régimen Tributario no define ni regula la inspección ocular pero es indudable que la inspección contable tiene tal naturaleza y por lo tanto debe practicarse en la forma prevista por el C.P.C., salvo en los aspectos especialmente regulados por aquel. La denominada inspección contable no tiene otro objeto, que el de verificar el adecuado registro en la contabilidad de los hechos económicos que realizan los comerciantes.**

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., febrero dos (2) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 1764. Actor: CENTRAL LECHERA DEL QUINDIO LTDA C/LA NACION. Impuestos –FALLO–

La demandante CENTRAL LECHERA DEL QUINDIO LIMITADA, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Quindío del 25 de mayo de 1987, que resolvió desfavorablemente su demanda en la cual solicitó a la jurisdicción:

1. Declarar nula la determinación del Impuesto sobre la Renta a su cargo por el año de 1983, contenida en la Resolución No. 056 de julio 31 de 1986 y en

la liquidación de revisión No. 00189 de noviembre 8 de 1985, confirmada por aquella, anulación extensiva a los actos preparatorios de la decisión: el requerimiento especial, el acta de inspección contable y el auto que la decretó.

2. Restablecer el derecho de la actora, "ordenando la revocación en todas sus partes de la actuación administrativa..." y confirmando, como consecuencia, la liquidadción privada que presentó en mayo 9 de 1984.

Previo recuento de los hechos que conformaron la actuación, la demanda invocó como fundamento de derecho los siguientes:

1. El numeral 6° del artículo 152 del C.P.C., dice que el proceso es nulo cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir y practicar pruebas, irregularidad en la cual incurrió la Administración, por razones que se sintetizan así:

a) En el auto que ordenó la inspección contable no se fijó un término para practicar la diligencia con lo cual se violó el artículo 119 del C.P.C., que manda al juez señalar el término que estime necesario para la realización de un acto, cuando no lo haga la ley.

b) En la práctica de la diligencia no se dio a la sociedad oportunidad de intervenir –con el pleno derecho de alegar, controvertir pruebas, dejar constancia en el acta respectiva–, con lo cual se le impidió ejercitar su defensa, infringiendo el artículo 246 del C.P.C., que regula la práctica de inspecciones oculares.

c) Se omitió el traslado del acta de la diligencia, ordenado por el artículo 91 del Decreto 1651 –hasta el término de un mes– para que el contribuyente presente los descargos y pruebas que considere necesarios, con fundamento en los principios de publicidad y contradicción de la prueba.

La omisión del traslado, alega el memorialista, acarrea la nulidad del acta y de toda actuación posterior realizada con base en ella, la cual no es subsanable ahora porque si así lo fuera, debería practicarse una nueva liquidación, que ya no podría apartarse de la liquidación privada.

Al emitir el traslado y reemplazarlo por el requerimiento especial, se origina una gran desigualdad, ya que lo afirmado por el funcionario en el acta de inspección se convierte así en una prueba incontrovertible porque la Administración lo produce y analiza a espaldas del contribuyente quien, en vez de controvertir la prueba, se encuentra obligado a responder un pliego de cargos.

Por otra parte se alegó en la demanda: la falta de correspondencia entre el requerimiento previo y la liquidación de revisión, la falta de competencia del

funcionario que practicó la liquidación por no reunir las calidades exigidas en la Ley 9a., de 1983, por el art. 89 y la violación del art. 49 del Decreto 3803 de 1982, consiste en haberse impuesto a la sociedad sanción por inexactitud sin que hubiera incurrido en los hechos que configuran la infracción.

## LA SENTENCIA:

De las consideraciones expuestas por el Tribunal para negar las peticiones de la demanda, se destacan:

En primer lugar, que la actora no presentó pruebas idóneas dentro de la actuación administrativa, para desvirtuar las conclusiones del acta, ya que los documentos que acompañó a los recursos carecían de autenticidad.

Respecto de las fallas alegadas sobre la inspección contable, adujo el *a-quo* que la ley no exige a los funcionarios de las Auditorías ser contadores públicos para realizar tal diligencia, ni señala término para efectuarla. Consideró inexacta la afirmación relativa al término durante el cual se realizó la diligencia y concluyó que no se negó el derecho de defensa al practicarla puesto que si bien no se dio traslado del acta –conforme al artículo 91 del Decreto 1651 de 1961, se subsanó con el requerimiento especial que contiene son palabras del Tribunal– "las mismas glosas del acta y da un mayor término (3 meses) para hacer los descargos y aportar las pruebas pertinentes. Es decir, se le da mayor garantía para la defensa de sus intereses (art. 43 Ley 52 de 1977)". Agrega la sentencia que, según el acta, la sede principal de la Sociedad es Armenia, donde se encuentra su representante legal y vive la contadora, ciudad a la cual se envió copia del auto comisorio.

La diligencia se realizó en la Corporación Financiera de Occidente, donde fueron puestos los libros a disposición del funcionario y al parecer por negligencia, ni el representante legal de la sociedad ni empleado alguno concurrió a la inspección.

## CONCEPTO FISCAL:

En esta instancia, la Dra. Dolly Pedraza de Arenas, representante del Ministerio Público, conceptúa que debe confirmarse la sentencia. Son sus argumentos principales:

1. Los cargos de violación de la ley expuestos por la demandante se refieren exclusivamente a requisitos que debieron cumplirse durante la actuación. No se fijó en la demanda por qué conceptos se violó la ley al rechazar costos en cuantía de $12.442.081 y deducciones por valor de $ 6'971.749.

2. De acuerdo con el artículo 57 de la Ley 52 de 1977, en el procedimiento gubernativo de determinación de Impuestos de Renta sólo acarrean nulidad las irregularidades específicamente señaladas por la norma y no son de recibo las disposiciones referentes a nulidades del proceso judicial, contenidas en el C.P.C.

3. El proceso de determinación vigente cuando se adelantó la actuación, sólo contempla dos términos perentorios para la Administración: el de dos años dentro del cual debe practicar la liquidación de revisión y el de tres meses que debe conceder al contribuyente para atender el requerimiento especial. Las actuaciones que no respeten estos términos son nulas, conforme al artículo 57 numerales $2^{o}$ y $3^{o}$ de la Ley 52 de 1977. Las actuaciones surtidas dentro de los términos anteriores, no tienen limitaciones temporales. El art. 22 del Decreto 3803 de 1982 consagra una suspensión de términos y no es pertinente citarlo como motivo de nulidad.

Coincide el Ministerio Público con el Tribunal, sobre la no violación del derecho de defensa en la práctica de la inspección. En cuanto a la falta de traslado del acta, considera que la demanda se apoya en una norma derogada, el art. 91 del Decreto 1651 de 1961, y en otra impertinente, el art. 246 numeral $7^{o}$ del C. de P.C. En el procedimiento regulado por la Ley 52 de 1977, el Decreto 3803 de 1982 y la Ley 9a., de 1983, el traslado se reemplazó por los requerimientos ordinarios y especial.

Tampoco encuentra aceptables las razones tendientes a la anulación por falta de calidades de quienes suscribieron el acta de inspección y la liquidación oficial, por cuanto, posesionado el funcionario, queda habilitado para ejercer las funciones del cargo y sus actuaciones amparadas por presunción de legalidad, desvirtuable por la comprobación de los vicios a que se refiere el artículo 84 del C.C.A., más no por los que se presenten en el nombramiento de aquel. Por último, no prospera para la Fiscalía el cargo de violación radicado en la diferencia del costo que citó el requerimiento especial y el de la liquidación de revisión, pues el valor de $ 77.266.088 citado en la última como base para el desconocimiento de partidas, corresponde al valor global de los renglones 192 y 205 de la declaración de renta, mientras aquel sólo citó el correspondiente al renglón 188, incluído en la cifra global.

## OPOSICION DE LA D.I.N.

La Delegada Administrativa fundamenta su oposición a la demanda en que la Legislación Tributaria no establece términos para la práctica de inspecciones oculares. Y en cuanto a la falta de participación de la contribuyente en la diligencia efectuada, se remite a lo afirmado en el acta. En lo relativo a la falta de competencia por no ser idóneos los funcionarios, coincide con la Fiscalía.

## CONSIDERACIONES DE LA SECCION:

A) Régimen procedimental tributario:

Para resolver la controversia planteada entre las partes, la Sala considera pertinente analizar los aspectos del régimen procedimental tributario involucrados en ella, en especial y en primer lugar la incidencia que pueda tener en los actos de determinación del tributo, las irregularidades en que incurran los funcionarios de impuestos en la actuación respectiva.

En esta materia, es preciso tener en cuenta que el régimen aplicable en la época en que se adelantó la acutación que culminó con los actos acusados, se desenvuelve en torno de las siguientes previsiones relativas a la necesidad de la prueba y a la validez de los medios utilizados por la Administración:

1. La determinación del tributo y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente *por los medios de prueba señalados en las normas tributarias o en el Código de Procedimiento Civil*, en cuanto sean compatibles con aquellos; su idoneidad depende, en primer lugar, de las exigencias de las primeras o de las que regulan el hecho por demostrarse y a la falta de tales exigencias, del valor de convencimiento atribuíble a ellas, conforme a las reglas de la sana crítica (Ley 52 de 1977, art. 32) (destaca la Sección).

2. El régimen tributario no crea medios probatorios. Se vale de los establecidos por el derecho, que define y regula el Código de Procedimiento Civil. Cuando se refiere a la confesión, los documentos, los testimonios, la inspección ocular o el peritazgo, lo hace bien para repetir o enfatizar sus previsiones, o para precisar algunos aspectos especiales, aplicables en esta materia (Decreto 1651 de 1961 arts. 73, 75, 76, 78, 79, 81 a 84, 89, 90 y 91, Ley 52 de 1977, arts. 35, 36, 37, Ley 9a., de 1983, art. 97).

3. En este procedimiento rigen los principios generales sobre validez de la prueba y las previsiones del Legislador tendientes a garantizar la defensa dentro del procedimiento, como son las relativas a la publicidad y contradicción de los medios que pueden utilizarse en contra del contribuyente o del responsable.

4. La presunción legal de veracidad de los hechos denunciados en las declaraciones tributarias implica dos consecuencias básicas:

a) Puesto que el hecho presumido no requiere prueba, el declarante sólo está obligado a demostrar aquellos que la ley exige y,

b) La administración requiere desvirtuar la presunción, para apartarse de los hechos denunciados.

Para ello la ley la inviste de facultades amplias de investigación con el fin de establecer la exactitud de las declaraciones y con tal fin puede exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus opera- ciones, cuando estén obligados a llevarlos, practicar inspecciones oculares sobre la contabilidad, recibir testimonios y en general, efectuar todas las diligencias que estime necesarias, facilitando al interesado que aclare cualquier duda o subsane sus propias omisiones (Ley 52 de 1977, arts. 30, 36 y 37).

5. El Régimen Tributario no define ni regula la *inspección ocular*, como no lo hace con los demás medios de prueba. Pero es indudable que la Inspección contable tiene tal naturaleza y por lo tanto debe practicarse en la forma prevista por el Código de Procedimiento Civil, salvo en los aspectos especialmente regulados por aquél, de manera adecuada a la actuación administrativa, sin perjuicio de las garantías que, para salvaguardar el derecho de defensa del contribuyente o responsable en contra de quien habrá de utilizarse la prueba, contempla el derecho.

Conforme al artículo 246 del C.P.C., la inspección es, por su misma naturaleza, un medio probatorio que se produce con intervención de los interesados, las partes en el proceso judicial, el contribuyente o responsable en la actuación administrativa. Ellos tienen derecho a saber dónde y cuándo se va a realizar, cuál es su objeto, a conocer sus pormenores, presentar pruebas –dentro de la misma diligencia– y a dejar en el acta de la misma las constancias que estimen necesarias.

La denominada inspección contable no tiene otro objeto que el de verificar el adecuado registro en la contabilidad de los hechos económicos que realizan los comerciantes. La contabilidad como lo ha reiterado esta Sección, constituye un conjunto de documentos integrado por los libros, sus asientos, los comprobantes de diario que los explican técnicamente y los documentos que los respaldan como las facturas, recibos u otros similares utilizados a diario en el giro de los negocios. Estos escritos no requieren reconocimiento de firma para surtir efectos probatorios, pese a ser documentos privados, mientras formen parte de ese todo integral, dado que los ampara a su vez la presunción de autenticidad que le otorga el artículo 252 inciso final del C.P.C., a los libros de comercio.

El artículo 90 del Decreto 1651 previó que el acta de la inspección debía firmarse por los funcionarios que hubieran intervenido en ella y el 91, que de tal documento, como de las observaciones a que diera lugar, debía darse traslado al contribuyente hasta por el término de un mes, "para que presente los descargos

y anotaciones que tenga a bien", obviamente antes de la práctica de la liquidación oficial para lo cual era facultativo hacer requerimiento.

Pero la Ley 52 de 1977 reestructuró el procedimiento de determinación en los Impuestos de Renta y ventas e introdujo el requerimiento especial previo y obligatorio a la liquidación, "el cual debe contener todos los puntos que la Administración se propone modificar, con explicación de las razones en que se sustenta", dando al contribuyente un plazo de tres meses para responderlo, termino éste que suspende al de dos años que tiene la Administración para modificar la liquidación privada.

Por ello se ha entendido, como lo expresa la Sala de Consulta de esta Corporación en concepto de junio 2 de 1980 al Ministerio de Hacienda (Rad. No. 1387) que esta norma derogó en forma tácita la que ordenaba el traslado del acta, sobre la consideración de que, en la respuesta, el contribuyente puede formular sus objeciones, cumplir requisitos formales omitidos, presentar pruebas o solicitar las que requieran ser practicadas por la Administración.

O sea, que cuando la inspección se ha practicado oficiosamente (dentro de las facultades de investigación y verificación) dicho término de tres meses brinda oportunidad suficiente para objetar las conclusiones administrativas, sin que se vulnere el derecho de defensa.

Y, según el art. 73 ibídem, cuando es el contribuyente quien solicita "la práctica de una inspección contable, el término para proferir la liquidación de revisión se suspenderá por el término que dure la inspección" pero sólo durante ese lapso, es decir, sin lugar a plazos adicionales para traslado del acta que se levante.

La conclusión es que el término de un mes que estatuía el art. 91 del Decreto 1651/61 no es compatible con el sistema del término legal para contestar el requerimiento especial obligatorio que sólo se suspende durante los plazos señalados en la ley para su respuesta.

Ahora bien: en el procedimiento administrativo tributario la ley señala específicamente las causales de nulidad y las refiere en forma expresa a los actos con los cuales culmina la actuación gubernamental que integran la decisión administrativa: las liquidaciones oficiales y las resoluciones que fallan los recursos interpuestos contra ellas. Excluye así este régimen especial, la nulidad de los actos preparatorios, como son los que ordenan la práctica de pruebas, aquellos en que éstas se concretan o el requerimiento especial.

Tampoco previó la Ley 52 de 1977, la nulidad parcial de los actos de determinación de obligaciones tributarias. Si se profieren viciados por cualquiera

de las razones expresamente previstas, son totalmente nulos. Y en el sentido que asignan la jurisprudencia y la doctrina al vocablo NULIDAD, tal declaratoria implica el desaparecimiento del acto, no su modificación parcial o aún total. De manera que las demás irregularidades de la actuación administrativa, que se reflejan en tales actos, o la equivocada aplicación de la ley sustancial al caso concreto, darán a modificarlo pero no a extinguirlo mediante su anulación.

B) La actuación controvertida en este proceso.

Dan cuenta los antecedentes administrativos de los siguientes hechos:

1. En el requerimiento especial la Administración expresó a la contribuyente que se proponía modificar su liquidación privada, en lo relativo a los siguientes datos de su declaración de renta:

| | |
|---|---|
| Renglón 210: | Total costos realizados imputables. |
| Renglón 235: | Total deducciones realizadas.<br>Sanción por inexactitud (artículos 49 y 50 Decreto 3803/82). |

Respecto de los dos primeros conceptos, se fundó en las glosas resultantes de la inspección contable realizada en cumplimiento del auto comisorio 0085 R.G. de noviembre 21 de 1984, para llegar al siguiente resumen de costos y deducciones rechazados, por razones relativas a la contabilidad:

| | |
|---|---|
| Gastos pagados por anticipado | $ 80.000 |
| Gastos generales | 6.881.749 |
| Compras | 12.442.081 |
| Total Glosas | $ 19.403.830 |

2. La sociedad dio respuesta objetando las conclusiones, con argumentos de carácter contable e invocando pruebas de la misma naturaleza: copias simples de los asientos acompañadas a la respuesta. Entre otras objeciones a los criterios expuestos en el acta de la inspección, alegó que los comprobantes de orden externo como facturas, documentos de egreso, etc. que formaban parte de su contabilidad al momento de la visita, no fueron analizados técnicamente por el visitador quien desestimó sin ningún fundamento costos y deducciones. Solicitó además la práctica de una nueva inspección ocular a su contabilidad, para constatar la exactitud de la declaración.

3. En la liquidación de revisión se repitieron los mismos argumentos para desestimar las partidas propuestas en el requerimiento y sancionó a la sociedad por inexactitud, agregando sólo que "Del análisis del requerimiento especial y del acta de inspección contable levantada en cumplimiento del auto comisorio No. 0085R.G., de fecha noviembre 21 de 1984 se produjeron las siguientes glosas..." lo cual indica que la respuesta de la contribuyente no fue considerada.

4. La Resolución 056 de julio 31 de 1986 confirmó la anterior liquidación, al fallar el recurso interpuesto contra ella por considerar que las pruebas aportadas en las oportunidades siguientes al requerimiento especial no podían surtir efectos ya que se aportaron en fotocopias simples.

Ahora bien. En el auto comisorio se ordenó exhibirlo a la contribuyente y entregar copia del mismo al responsable o representante legal o a la persona encargada de la contabilidad. Según acta de la diligencia, se inició el 24 de enero de 1985, en la ciudad de Pereira "en el local funcionan las oficinas de la Sociedad Lechera del Quindío Celag..." y se advierte que como quiera que la notificación del auto comisorio "no se pudo hacer en forma oportuna y la contadora reside en la ciudad de Armenia (Q.) lugar donde se encuentra radicada la sede comercial de la entidad, ésta se efectuó siguiendo el procedimiento ordenado por el art. 38 del Decreto 3803 de 1982, para lo cual se le remitió copia del auto respectivo mediante oficio No. 0565 de noviembre 23 de 1984".

La norma citada manda notificar los autos que ordenen inspecciones oculares, por correo o personalmente. Dentro del informativo no obra copia del oficio que según el acta que se remitió al representante legal. Pero la inspección se realizó en la sede de una de las sociedades socias de la contribuyente, allí se puso la contabilidad a disposición del visitador y en el cuaderno de antecedentes No. 2 aparece copia del oficio 0080 de abril 24 de 1985 (fl. 245) en el cual se requirieron copias de facturas "con el fin de concluir la investigación que sobre la contabilidad de su representada, se adelanta por este Despacho en materia del Impuesto sobre la Renta por el año de 1983. A folio 244 del mismo cuaderno aparece la respuesta del señor Raúl Jaramillo, Gerente de la Sociedad, al oficio anterior.

Estos elementos llevan a la certeza de que la sociedad tuvo oportunidad de participar en la diligencia, pero su representante legal no compareció, de manera que no se puede afirmar que se vulneró su derecho a la defensa, con oportunidad de la práctica de la diligencia. Y justifica igualmente que no se decretara la inspección que solicitó posteriormente, en razón de los principios de celeridad y eficacia que rigen la actuación administrativa. La sociedad pudo haber aportado otras pruebas sobre su contabilidad, conforme a la Ley 9a., de 1983, en concordancia con las disposiciones legales.

En la demanda no se pidió la práctica de inspecciones ni se aportaron otras pruebas contables. La anulación impetrada se fundó en la causal 6a., del artículo 152 del C.P.C., según la cual el proceso judicial que regula dicho estatuto es nulo "cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas"., no contemplada en el procedimiento que gobierna la actuación administrativa a través de la cual se profieren los actos que determinan las obligaciones en el Impuesto sobre la Renta, dentro de ella rigen en su plenitud las previsiones jurídicas dirigidas a garantizar la defensa, sin que ello contituya un proceso judicial para el cual se hallan previstas las causales de nulidad del C. de P.C.

## SANCION POR INEXACTITUD:

La sanción impuesta "en base al mayor valor de los impuestos determinados como el resultado del rechazo de las compras no comprobadas" (según explicación oficial) fue impugnada por el actor con el argumento único de falta de aplicación del art. 49 del Decreto 3803/82 que excluye del concepto de inexactitud los "errores de apreciación o diferencias de criterio entre las oficinas de Impuestos y los contribuyentes" circunstancia que no se daba en este caso y menos aún la condición requerida por la misma norma relativa a que "los hechos y las cifras sean completos y verdaderos", lo cual estuvo lejos de cumplirse según los resultados de la Inspección a la Contabilidad.

Por lo demás, no habiéndose aceptado partidas por "compras" que fueron rechazadas y sustentaron la sanción, debe mantenerse ésta también.

Con base en lo anteriormente 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:

1. Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de Origen, cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**CORPORANONIMAS** - Naturaleza jurídica/ **CORPORACION DE DERECHO PRIVADO/ JURISDICCION COACTIVA** - Funcionario ejecutor

**La Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANONIMAS", no puede calificarse como un establecimiento público, ni como una entidad descentralizada indirecta, sino que tal como fue reconocida su personería jurídica, se trata de una corporación de derecho privado sin ánimo de lucro y por ello no goza de la prerrogativa de cobrar los créditos a su favor por la vía de la jurisdicción coactiva.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., febrero dos (2) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 2110. Apelación auto de enero 4 de 1988 proferido por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales. Actor: Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades Corporanónimas contra Central de Estudios y Construcciones Limitada. AUTO.

Se decide la apelación intepuesta por la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPONANONIMAS" contra el auto de enero 4 de 1988, proferido por el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales, mediante el cual se decidió el recurso de reposición formulado por la compañía "CENTRAL DE ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LIMITADA", contra el auto de mandamiento de pago de fecha 8 de abril de 1987, dictado en su contra dentro del proceso que por jurisdicción coactiva se le adelanta en el juzgado antes citado.

## ANTECEDENTES:

El Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, por auto de fecha 8 de abril de 1987, libró orden de pago por la vía ejecutiva de Jurisdicción Coactiva a favor de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANONIMAS" y en contra de la firma CENTRAL DE ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LIMITADA, por la suma global de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 14.626.308.50), más los intereses y los costos que se causaren (folio 35 a 37).

El auto anterior fue notificado al representante legal de la sociedad ejecutada el día 12 de agosto de 1987 (folio 43).

El apoderado de la Compañía demandado interpuso recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación y al efecto alegó: que la parte demandante "*para mi asombro, es una entidad de derecho privado*, que se rige, como es obvio por normas jurídicas propias del mismo *derecho Privado* y que pretende sin explicación ni justificaciones valederas, ser de derecho público o gobernarse por instituciones propias y exclusivas de éste" (Subrayas del texto).

Como prueba de sus afirmaciones adjuntó una certificación de la Oficina Jurídica del ministerio de Justicia obrante al folio 68 del expediente en la que se lee:

"Que por Resolución No. 97 de 1946 publicada en el Diario Oficial No. 26093 del mismo año, se reconoció personería jurídica a la entidad de Derecho Privado sin ánimo de lucro denominada CORPORACION SOCIAL DE LA SUPERINTENDENCIA "CORPORANONIMAS", con domicilio en Bogotá, providencia vigente en la actualidad".

Igualmente y con fundamento en la normatividad contenida en los Decretos 1050 y 3130 de 1968, concluyó sus alegatos expresando que:

"De estas tres últimas transcripciones normativas se deduce que la demandada está sujeta a las reglas del derecho privado, que el Gobierno la autorizó a funcionar como persona jurídica creada por la iniciativa particular (los empleados de la Superintendencia de Sociedades) y que no es un establecimiento público por no haber sido creado por la ley expresa ni autorizado como tal por éste menos aún Empresa del Estado o Empresa Mixta". (folio 125).

La reposición fue decidida en providencia del 4 de enero de 1988, aceptando las peticiones del actor y, en consecuencia, se ordenó revocar el mandamiento de pago dictado contra la seociedad ejecutada.

En memorial presentado el 13 de enero de 1988, el señor representante de "CORPORANONIMAS" apeló la decisión anterior.

Surtidos los trámites de rigor, tanto la parte demandante como la demandada presentaron sus alegatos, los cuales corren a folios 143 y siguientes del expediente.

Posteriormente y mediante memorial presentado el día 14 de abril de 1989, el señor superintendente de Sociedades, como Director de Corporanónimas, –la demandante– pone a consideración un estudio sobre la naturaleza jurídica de dicha entidad.

Tanto en el memorial de apelación como en los alegatos de conclusión, Corporanónimas insiste en que es un establecimiento público porque reúne los requisitos que para estas entidades enunció el Decreto 1050 de 1968 en su artículo 5°.

Indica que la entidad nació como Caja Asociación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, en virtud de autorización concedida por el superintendente de Sociedades mediante la Resolución 261, el 3 de julio de 1940.

Que el Consejo de Estado, manifestó que la base legal es la Resolución No. 261 de 1940, los Decretos leyes 142 de 1951, 1631 de 1961, al igual que el artículo 21 de la Ley 6a., de 1945.

Que conforme al artículo 1o del Decreto 434 de 1971, la CORPORACION participa de la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos, ya que su creación fue autorizada por la ley y tienen a sucargo la atención de las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada, expone:

"No pueden las entidades públicas verdaderas ser creadas p[or voluntad de personas naturales o jurídicas de derecho privado, a menos que se trate de "sociedades" que igualmene estén autorizadas por la Ley o por normas de igual jerarquía. Es claro que los Decretos 1050 y 3130/68 introdujeron orden en el vasto campo de la Administración Descentralizada y que concedieron un término, razonablemente breve, para que aquellas entidades verdaderamente públicas tales como "los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado..." continuaran funcionando de acuerdo con las normas generales vigentes y las particulares que las rijan..." Pero debe tenerse presente que según el propio apoderado de mi contraparte, la entidad Corporanónimas, pretendidamente pública, era por virtud de las normas citadas (Decreto Ley 142/51, Decreto

1631/61) una entidad o Corporación de derecho privado, sin ánimo de lucro, destinada a prestar servicios de ayuda a sus afiliados, pero *jamás una entidad encargada de la prestación de un servicio público*, que es lo que parece que lamentablemente piensan erróneamente y de manera crasa los señores de Corporanónimas. (Art. 45 Decreto 1050/68).

"En la gama de disposiciones que Corporanónimas cita como las que le dieron Personería Jurídica o entidad de derecho público no hay una sola disposición legal o de la misma categoría de la Ley (Decretos leyes) que la asimile o la transforme en una entidad de derecho público. La personería civil que ostenta, data de 1946 (mucho antes de la vigencia de los Decretos 1050 y 3130/68) y dicha resolución del Ministerio de Gobierno de entonces autorizó simplemente la creación *de una caja de empleados de la Superintendencia de Sociedades*, que obviamente, es distinta en esencia de la mencionada Superintendencia y, de cualquier asomo de entidades públicas".

Más adelante y luego de transcribir algunas de las disposiciones en que se sustenta el apelante, afirma que:

"... el propio representante de mi contraparte indica cómo Corporanónimas no cumple función pública alguna, sino que simplemente al agrupar a los trabajadores de la Superintendencia de Sociedades para prestarles algunos beneficios de tipo social, cuenta con el apoyo de tal empleador o patrono, lo cual ciertamente en un análisis ponderado de la situación, como convío el que hará el H. consejo de Estado, no la convierte en entidad pública".

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Según los términos de la controversia, para resolver el recurso de apelación que ocupa la atención de la Sala, el punto a dilucidar es el relativo a la naturaleza jurídica de la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades, para precisar si se trata de una entidad pública y por ello goza de la prerrogativa de cobrar los créditos a su favor por la vía de la jurisdicción coactiva.

En diferentes piezas procesales, los representantes judiciales afirman que dicha Corporación denominada "CORPORANONIMAS" es, o un estable-cimiento público o una entidad descentralizada indirecta.

La Sala considera que tales afirmaciones no corresponden a la realidad jurídica por las razones que se exponen a continuación:

La Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANONIMAS" fue creada por la iniciativa de los empleados de la entonces Superintendencia de Sociedades Anónimas y su personería jurídica le fue reconocida mediante la Resolución No. 97 de 1946 del Ministerio de Justicia, como entidad de derecho privado sin ánimo de lucro (folio 100).

Por su parte la Superintendencia de Sociedades Anónimas, mediante la Resolución 261 de 1940 proferida por el Señor superintendente creó el fondo de previsión para el personal de la Superintendencia y en su artículo 2° dispuso que:

"*ARTICULO SEGUNDO*. El Fondo de Previsión será administrado por la Caja - Asociación de los Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas (Fondo de Previsión) cuyos estatutos fueron debidamente aprobados por esta Superintendencia el tres de los corrientes, y de acuerdo con lo que en ellos se dispone sobre el particular...".

Diferentes normas posteriores se refirieron a la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, CORPORANONIMAS: así, el Decreto 142 de 1951 por el cual se reguló el régimen presupuestal de la Superintendencia, el Decreto 1631 de 1961, el Decreto 3163 de 1968, el Decreto 638 de 1974 por el cual se revisó la organización administrativa de la Superintendencia de Sociedades y en todas ellas, se reitera que dicha entidad, estará encargada de la atención de prestaciones sociales y asistenciales del personal al servicio de la Superintendencia de Sociedades.

Dichas normas, posteriores todas a la creación de la entidad, no contienen la voluntad legislativa de crear una entidad de carácter público, sino qu simplemente están convalidando el procedimiento seguido de creación de una entidad con el carácter de Corporación Privada sin Animo de Lucro, a la cual por medio de una Resolución del Superintendente se le da la calidad de administradora de un fondo prestacional. y es que si no existieran dichas normas, esa persona jurídica de carácter privado, no podía realizar las funciones relacionadas con las prestaciones sociales y asistenciales de los servidores de la Superintendencia de Sociedades.

Pero en ninguna de las disposiciones mencionadas se concreta la voluntad del legislador de crear un establecimiento público, como lo alega el señor apoderado de la Superintendencia y en efecto, ni las normas citadas, ni en sus propios estatutos ha sido calificada ni definida como establecimiento público, sino que, por el contrario en ellos se ve la voluntad de mantenerla sometida a un régimen diferente del propio de dichas entidades; y ni siquiera, en cumplimiento del mandato expreso, contenido en el Decreto 3130 de 1968, artículo 45, según el cual en un plazo perentorio las entidades descentralizadas debían reformar sus

estatutos para adecuarse a la tipificación de las entidades descentralizadas y al régimen jurídico previsto para cada una de ellas, se definió como establecimiento público y por el contrario, en la última reforma de estatutos, hecha en el año de 1984, se le calificó como una "entidad de carácter social". Dicha reforma estatutaria fue sometida al trámite propio de las personas jurídicas privadas y fue aprobada mediante la Resolución 345 de 1985 proferida por el señor Ministro de Justicia.

En dichos estatutos se mantuvo, entonces, tanto material como formalmente, su carácter de corporación privada.

Por otra parte, no encuentra la Sala que el hecho de que la Ley 6a.. de 1945 hubiere consagrado para las corporaciones ya existentes, la posibilidad de que se fusionaran con la Caja Nacional de Previsión o que actuarán independientemente, pueda considerarse como fundamento para afirmar que la Corporación en cuestión es un establecimiento público, pues dicha disposición no se refiere a la naturaleza jurídica de las entidades en cuestión sino a la forma como podían cumplir con sus funciones.

Y tampoco el Decreto 434 de 1971 permite afirmar que CORPORANONIMAS sea un establecimiento público, cuando establece que las entidades de previsión, creadas por ley, son establecimientos públicos, porque dicha norma se refiere a las entidades creadas por ley y la citada corporación no tuvo origen legal. Pero, además, si se llegare a aceptar lo anterior, ello ha debido reflejarse en las reformas estatutarias pertinentes, lo cual no se hizo. Por ello llama la atención de la Sala que siempre se haya considerado a CORPORANONIMAS como una persona jurídica privada, no sometida al régimen jurídico de los establecimientos públicos, inclusive después de la reforma administrativa de 1968, cuando se precisaron los conceptos de entidades descentralizadas y después de la vigencia del invocado Decreto 434 de 1971, y ahora se pretende calificarla como tal.

De conformidad con el artículo 76 ordinal 9$^{o}$ de la Constitución Nacional, es al legislador a quien corresponde la creación de establecimientos públicos del nivel nacional y de acuerdo con lo anteriormente expuesto la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades tuvo su origen en la voluntad de unos servidores públicos y no existe norma alguna que contenga la voluntad de legislador de crear un establecimiento público, sometido a normas de derecho público.

Por todo lo anterior, no es posible desde el punto de vista jurídico, calificar como establecimiento público a la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades, pero tampoco, a juicio de la Sala, puede considerarse como una entidad descentralizada indierecta.

En efecto, la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con la naturaleza jurídica propia de las Superintendencias, es una entidad adscrita a uno de los organismos principales de la Administración, no tiene personalidad jurídica propia y según la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia es una dependencia del Ministerio al cual se encuentra adscrita.

De acuerdo con esa naturaleza jurídica, para la Superintendencia no es posible la creación, por sí y ante sí de una entidad descentralizada indirecta por que para ello se requiere la participación de una entidad descentralizada de primer grado, y porque si se entiende que es la Nación la que la crea, no lo puede hacer sola y directamente, pues como ya se anotó, dicha facultad corresponde al legislador. La Superintendencia como tal no es una entidad descentralizada con vida jurídica propia, y no tiene capacidad para crear nuevas entidades, ya que para ello, además se requiere la expresa autorización legal.

Por todo lo anterior, considera la Sala, que la Corporación Social de la Superintendencia de Sociedades no puede calificarse como un establecimiento público, ni como una entidad descentralizada indirecta, sino que tal como fue reconocida su personería jurídica, se trata de una corporación de derecho privado sin ánimo de lucro y por ello no goza de la prerrogativa de cobrar los créditos a su favor por la vía de la jurisdicción coactiva.

Consecuencia de lo anterior es que el proceso ejecutivo adelantado contra Central de Estudios y Construcciones Limitada, se ha adelantado con falta de jurisdicción, hecho generador de NULIDAD de todo lo actuado, la cual debe declararse por el Juez, por ser insubsanable (artículo 152 y siguientes Código de Procedimiento Civil.

Por último la Sala se permite recordar a las partes que en virtud del principio de la PRECLUSION que regula el proceso, los memoriales y sustentaciones, así como los alegatos de conclusión deben presentarse dentro de la oportunidad procesal señalada para el efecto. En tal virtud, la Sala se abstiene de considerar los alegatos presentados por las partes y que corren a folios 155 y siguientes del expediente, por haberse expuesto fuera del término señalado en el auto de fecha 22 de abril de 1988, mediante el cual se corrió traslado a las partes por el término legal de tres (3) días para que se sustentara la alzada propuesta.

Por lo expuesto el Consejo de estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

**RESUELVE:**

Declárase la nulidad de todo lo actuado en este proceso, inclusive del auto de mandamiento de pago de fecha 8 de abril de 1987, emanado del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, dictado contra la Sociedad: CENTRAL DE ESTUDIOS Y CONSTRUCCIONES LIMITADA.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

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

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**MANDAMIENTO DE PAGO** - Improcedencia/ **NULIDAD PROCESAL**

**En el juicio ejecutivo objeto de la consulta, se incurrió en causal de nulidad por cuanto se libró mandamiento de pago contra quien no era el propietario del inmueble cuyos impuestos predial y complementarios se pretendía cobrar. La ejecutante conocía dicha situación y a pesar de ello, ordenó el embargo y secuestro del inmueble, cuando lo procedente era librar el mandamiento de pago contra el verdadero propietario del inmueble y deudor de la suma debida.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, febrero quince (15) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 2469. Jurisdicción Coactiva. Consulta de la sentencia de 24 de octubre de 1988, proferida por el Tesorero Municipal de Santiago de Cali. Actor: Municipio de Cali - Contra Kendorf Pieper Teresa. AUTO.

De conformidad con el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil resuelve la Sala el grado de consulta de la sentencia proferida por el Tesorero Municipal de Cali del 24 de octubre de 1988, mediante la cual se ordena llevar adelante la ejecución y liquidar el crédito, en el juicio ejecutivo adelantado contra Kendorf Piaper Teresa tendiente a cobrar los impuestos predial y complementarios adeudados por el predio No. B-095-008-00-06, los intereses y las costas.

**ANTECEDENTES:**

Habiéndose establecido que el predio No. B-095-008-06 de propiedad de Kendorf Pieper Teresa adeudaba impuestos predial y complementarios desde

marzo de 1967 hasta febrero de 1987, al Municipio de Santiago de Cali, en la Resolución No. 3 de 1987 proferida por el Jefe de la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda Municipal del citado Municipio se determinó el monto de la deuda en $1.276.575 (folios 1 a 3).

Con base en dicha resolución el Tesorero Municipal de Cali libró el respectivo reconoocimiento por dicho valor más los recargos correspondientes (folio 4).

De conformidad con los documentos anteriores la oficina de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería Municipal de Cali, libró mandamiento ejecutivo contra Kendorf Pieper Teresa, con fecha 14 de julio de 1987 (folio 5).

Mediante aviso publicado el 22 de enero de 1988, en el período Occidente de Cali, se citó y emplazó a la ejecutada y se le previno que si no se presentaba dentro del término legal para notificarse del mandamiento de pago, se le designaría un curador *ad litem*. (folios 7 a 9).

Vencido el término legal, sin que persona alguna hubiere comparecido, se le designó curador *ad litem*, (mediante providencia del 19 de abril de 1988 (folio 11). El doctor Juan Fernando Henao Hernández se notificó de su designación como curador *ad litem*, en diligencia del 27 de abril de 1988 tomó posesión del cargo (folio 14) y mediante auto del 29 de abril de 1988 se le discirnió al cargo y se le autorizó el ejercicio legal del mismo. (folio 15).

El día 2 de mayo de 1988, le fue notificado el mandamiento de pago al curador *ad litem*, Doctor Juan Fernando Henao Hernández y en dicha diligencia manifestó que reconocía la deuda, que él no tenía dinero de la demandada para cancelar la deuda, que trataría de gestionar la forma de responder, que desconoce si tiene bienes y que el inmueble deudor es suficiente para el pago (folio 16).

El 11 de mayo de 1988 el curador *ad litem* dirigió el siguiente oficio:

"Cali, mayo 11 de 1988.

"Señor

"JEFE DE LA DIVISION DE EJECUCIONES FISCALES

"TESORERIA MUNICIPAL

"CALI

"JUAN FERNANDO HENAO HERNANDEZ, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.459.341 de Sevilla, abogado titulado e inscrito, portador de la tarjeta profesional No.

30.603 del Ministerio de Justicia, en mi calidad de curador *ad-litem* en el proceso que contra la sra. TERESA K. DE PIEPER adelanta la oficina por usted representada me dirijo a usted para informarle que el predio sobre el cual recae la ejecución se encuentra situado en la parte alta de Juanambú, y que nadie conoce el paradero del propietario, por lo tanto considero que mi gestión en el proceso termina aquí, por lo tanto solicito se haga una citación de la demandada mediante emplazamiento que será publicado en un diario de amplia circulación a nivel regional.

"Le informo además que cualquier citación en relación con mi cargo de curador *ad-litem* dentro del presente proceso la recibiré en mi oficina de abogado, conocida la dirección por su despacho.

"Atentamente,

(Firmado) "JUAN FERNANDO HENAO HERNANDEZ

"T.P. No. 30.603 del Minjusticia.

El señor Curador *ad litem* no interpuso ningún recurso, ni alegó excepciones.

A folios 18 y 34 del expediente obra en certificado de matrícula inmobiliaria según el cual, el inmueble No. B-095-008-06, según sentencia del Juzgado 1° Civil del Circuito de Cali, desde 1956 fue adjudicado a PIEPER KLAUS (NICOLAS) sic, en la sucesión de la señora KENDORF PIEPER TERESA.

Mediante providencia del 17 de mayo de 1988, la Tesorería Municipal de Santiago de Cali, decretó el embargo y secuestro del citado inmueble, haciendo referencia al nuevo propietario.

La anterior decisión fue notificada por estado (folio 26 vuelto).

Por auto del 25 de mayo de 1988, la misma dependencia fijó los honorarios del curador *ad litem* en la suma de $100.000.oo.

Se realizaron las diligencias propias del secuestro, se ordenó el avalúo del inmueble "...secuestrado, de propiedad de NICOLAS PIEPER KENDORF DE-PIEPER" (sic).

El valor del inmueble se fijó en la suma de $ 10.102.500.

Mediante providencia del 24 de octubre de 1988, se ordenó seguir adelante la ejecución "...para que con el producto del bien que se encuentra embargado, secuestrado y avaluado se pague al Fisco Municipal el valor del crédito que se cobra" y practicar la liquidación del crédito.

La anterior sentencia fue notificada por edicto del 4 de noviembre de 1988.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil, el proceso fue remitido al Consejo de Estado.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

De conformidad con los antecedentes relacionados, se observa que en el juicio ejecutivo objeto de la consulta, se incurrió en causal de nulidad por cuanto se libró mandamiento de pago contra quien no era el propietario del inmueble cuyos impuestos predial y complementarios se pretendía cobrar.

En efecto, el mandamiento de pago se dictó "contra la persona y bienes de propiedad de KENDORF PIEPER TERESA" y de conformidad con los certificados allegados al proceso, dicha persona falleció y desde 1956 el inmueble fue adjudicado al señor PIEPER KLAUS (NICOLAS) SIC.

En la providencia del 17 de mayo de 1987, ya la ejecutante conocía dicha situación y a pesar de ello, ordenó el embargo y secuestro del inmueble, cuando lo procedente era librar el mandamiento de pago contra el verdadero propietario del inmueble y deudor de la suma debida ya que ésta se refería a impuestos correspondientes al período comprendido entre marzo de 1967 y febrero de 1987 es decir a una deuda causada 10 años después del fallecimiento de la señora KENDORF PIEPER TERESA, la ejecutada.

El mencionar en la parte considerativa de la citada providencia que "...en la actualidad (el inmueble) está en cabeza de su heredero el señor PIEPER KLAUS (NICOLAS) SIC a folio 15 obra investigación sobre el paradero del señor KLAUS PIEPER KENDORF, sin resultado positivo..." no era suficiente para validar la actuación, pues se estaba embargando un inmueble cuyo propietario no había sido ejecutado y por lo tanto no se podía considerar vinculado al proceso.

Habiéndose entonces seguido un juicio ejecutivo contra quien no era el verdadero deudor deberá decretarse la nulidad de lo actuado a partir del auto de mandamiento de pago del 14 de julio de 1987, inclusive, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso

**RESUELVE:**

Decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto de mandamiento de pago del 14 de julio de 1987 inclusive.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen para los efectos legales. Cúmplase.

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

*Carmelo Martínez Conn*, *Jaime Abella zárate*, Aclaro voto; *Guillermo Chahín Lizcano*, Aclaro voto; *Consuelo Sarria Olcos*.

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**NULIDAD PROCESAL** - Trámite (Aclaración de voto)

**El auto que decreta una nulidad puede ser dictado por la Sala Unitaria para que tenga súplica ante el resto de consejeros de la sección.**

**ACLARACION DE VOTO**
**DOCTOR JAIME ABELLA ZARATE**
**Y DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO**

Referencia: Expediente No. 2469. Actor: MUNICIPIO DE CALI C/KENDORF PIEPER TERESA.

Consejero ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Fallo de fecha febrero quince (15) de mil novecientos noventa (1990).

La aclaración anunciada tiene por objeto manifestar que este auto ha podido ser dictado por la Consejera Ponente en Sala Unitaria adoptando así un trámite que permite recurso de súplica ante los demás Consejeros que integran la Sección.

Este trámite está autorizado por el art. 157 del C.P.C., cuando dispone que "en cualquier estado del proceso, antes de dictar sentencia, el juez o *magistrado* podrá declarar las nulidades que observe...".

Tratándose de nulidad no saneable sin duda es auto interlocutorio que cae dentro de la posibilidad de ser susceptible de recurso de SUPLICA conforme al art. 39 del Decreto 2304/89; "El recurso de súplica procederá en todas las instancias contra los autos interlocutorios proferidos por el ponente".

No sobra observar que al ser dictado por la Sección viene a ser posible de recurso de REPOSICION conforme al art. 100 del C.C.A., por ser interlocutorio dictado por una Sala del Consejo de Estado.

*Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano.*

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ LIQUIDACION DE REVISION/ REQUERIMIENTO ESPECIAL**

**El requerimiento de que tratan los artículos 41 a 47 de la Ley 52/77 es especial por el valor legal asignado, por su forma, contenido, fundamentos y consecuencias. La liquidación de revisión debe contraerse exclusivamente a la declaración del contribuyente y a los hechos que hubieren sido contemplados en el requerimiento especial, los puntos que se requieren modificar y han de ser materia de revisión deben ser expuestos en el requerimiento en forma clara, con explicación de los motivos para su modificación. (Ejercicio Fiscal de 1978).**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., dieciseis (16) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 0267. Actor: JAIME KAPLAN Z. C.C. No. 79.151.610 DE Usaquén. IMPUESTOS. FALLO.

Por medio de apoderado, el señor Jaime Kaplan Zomenchain, con cédula de ciudadanía No. 79.151.610 de Usaquén, dentro de la oportunidad legal prevista en el Decreto 3825 de 1985, solicitó la reconstrucción del Juicio de Revisión de Impuestos promovido por conducto de apoderado contra los actos administrativos que le determinaron la que debía pagar por impuesto de renta y patrimonio por el año fiscal de 1978, proceso pendiente de fallo el 6 y 7 de noviembre de 1985. (fl. 31).

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 7 de julio de 1984. (fls. 3 a 10).

Cumplidos los requisitos legales de reconstrucción y traslado, en el caso de fallar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia mencionada, en donde el Tribunal deniega las súplicas de la demanda.

## ANTECEDENTES:

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó al contribuyente la liquidación de Revisión No. 501113 del 17 de agosto de 1981, para modificar las bases gravables establecidas por el declarante en su liquidación privada del impuesto sobre la Renta y Patrimonio del año gravable de 1978, y actualizarlas teniendo en cuenta, la liquidación de revisión No. 101869 del 31 de julio de 1981 por medio de la cual, se modificó las bases y su distribución entre los socios de la sociedad "A. KAPLAN CIA S.C.S." NIT: 60.014.055, por el mismo ejercicio fiscal de la cual es socio el contribuyente.

Contra la anterior liquidación recurrió ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en memorial del 13 de octubre de 1981, (fls. 16 a 18), alegando la nulidad de la liquidación porque no se dió cumplimiento al artículo 42 de la Ley 52 de 1977, y al 43 ibídem, que exigen dar al contribuyente explicación de las razones en que se sustenta la modificación que se propone ejecutar, para que el contribuyente pueda por escrito formular sus objeciones y enviar las comprobaciones pertinentes. Subsidiariamente, solicita nueva liquidación teniendo en cuenta la distribución que le corresponda al fallar el recurso presentado por la sociedad de la cual es socio, su poderdante.

Por Resolución No. A-000713-P del 16 de mayo de 1983, la Administración resolvió el recurso de reconsideración, en el sentido de confirmar la liquidación de revisión recurrida, manifestando lo siguiente:

"Al respecto dice el recurrente que dicha liquidación es nula por cuanto que en el requerimiento especial no se precisó cuantía, razones de los rechazos a la sociedad, ni ninguna otra información, argumentos que en el caso en cuestión no son válidos por cuanto en primer lugar, en el requerimiento que se le hizo al contribuyente claramente se lo informó sobre los puntos modificables, como son los aportes, superavit y participaciones, y en segundo lugar se le informó sobre el requerimiento que a su turno se le había hecho a la sociedad, a la cual sí se le dieron las razones de orden legal sobre los rechazos y destinaciones propuestos a esta y no a los socios, como ahora lo pretende el recurrente, pues por razones

obvias es a la sociedad y no al socio a quien compete el derecho de defender los mencionados rechazos y destinaciones...".

En cuanto a la petición subsidiaria, dice que tampoco procede, por cuanto en el recurso interpuesto por la sociedad, contra su liquidación de revisión No. 101849 por la vigencia fiscal de *1981*, se confirmó dicha liquidación.

Con esta providencia, se agota la vía gubernativa. (fls. 67 a 71).

El actor acude a lo contencioso en juicio especial de revisión de impuestos en la que acusa la violación de los artículos 42 a 51 y 57 de la Ley 52 de 1977; artículo 116 del Decreto 187 de 1975; artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, cuyo concepto, en términos generales, explica, así: Artículo 42: Porque, el requerimiento especial no se produjo en debida forma y no reúne las condiciones mínimas para su validez, porque, no explica las razones en que se sustenta y solo anuncia el propósito de modificar la liquidación privada. No indica las cuantías glosadas, que son elemento esencial en materia tributaria. No precisa los cargos y por tanto queda el contribuyente en imposibilidad de desvirtuar el rechazo. Considera, por lo expuesto nulo el requerimiento, y, en consecuencia, la liquidación de revisión, pues ésta se produjo sin que medie requerimiento especial, válido.

Artículo 49: Porque, en su literal g) establece que la liquidación de Revisión y aforo debe contener explicación sumaria de las modificaciones efectuadas en lo concerniente a la declaración o de los fundamentos de aforo. En este caso, afirma, el funcionario liquidador no aduce ninguna explicación acerca de las razones que tuvo para modificar los aportes superávit y la renta gravable que poseía en la sociedad, como tampoco las modificaciones que se efectuaron a la declaración de renta de la citada empresa que afecta la declaración de su poderdante. Agrega, que lo anterior está consagrado como nulidad en el artículo 547 de la Ley 52 de 1977, conforme al numeral 4° el cual exige la explicación de las modificaciones efectuadas respecto de la declaración o de los fundamentos del aforo.

Por lo anterior, estima que se ha limitado el derecho de defensa, pues el contribuyente desconocía las razones y modificaciones efectuadas por la Administración.

Manifiesta también, que los socios como personas naturales son contribuyentes diferentes a la sociedad, a la persona jurídica y como tal cumplen sus deberes fiscales independientes; así mismo actúa la Administración con cada uno de ellos.

En subsidio de la nulidad, solicita que se le determine a su mandante la renta por el sistema ordinario, porque se violó el artículo 116 del Decreto 187 de 1975,

con desconocimiento del pasivo determinando su renta por el sistema especial de comparación de patrimonio. (fls. 19 a 23).

El Tribunal, en sentencia del 7 de julio de 1984, falló la demanda, en el sentido de denegar las súplicas de la misma, argumentando así:

En cuanto al requerimiento especial, que si bien es verdad que éste no contiene las cifras de cada una de las partidas, sí tiene los conceptos y la precisión del requerimiento hecho a la sociedad de la cual es socio el demandante, en cuanto a su número y fecha, de manera que le quedara fácil su consulta. Luego agrega:

"...Si los rechazos que plantea el requerimiento corresponden a la sociedad es en el requerimiento correspondiente a esta donde deben precisarse las cifras y razones, pues es a la sociedad como contribuyente a la que compete desvirtuarlos".

"El requerimiento hecho al actor sí contiene las bases mínimas de información pues si los rechazos se iban a efectuar en la sociedad de la cual es socio, bastaba con enunciarle los factores o conceptos del rechazo en la sociedad, a más de que se identificó el requerimiento dirigido a ésta".

Con relación a la liquidación, por cuanto los motivos de los rechazos efectuados a la sociedad deben ser expuestos por la Administración a ésta y no al socio.

Por último, en lo atinente a la petición subsidiaria, dice el Tribunal que es incompatible con la petición principal, porque, si la comparación de patrimonios de los mayores aportes en la sociedad, no fueron modificados, no puede entrar a cambiarse de sistema.

El apoderado del contribuyente, en memorial del 2 de agosto de 1984, apela de la sentencia del Tribunal (fls. 25 a 29).

En este memorial, se insiste en los planteamientos esgrimidos inicialmente, o sea, que el requerimiento especial debe contener todos los puntos que se propone modificar la Administración, explicando las razones en que se sustenta porque son el fundamento y la esencia del requerimiento. La Ley precisa que cada requerimiento que profiera la Administración debe estar debidamente sustentado.

Por otra parte, sostiene con base en el artículo 49, literal g) de la Ley 52 de 1977, que toda liquidación debe contener la explicación sumaria de las modificaciones efectuadas, por lo que no se trata de que la liquidación de

revisión del socio contenga las razones de los rechazos a la sociedad, o los factores glosados, sino que en la liquidación que se le practique al socio se justifique o fundamente el por qué de las glosas que se realizan a su nombre.

Finalmente, manifiesta que la sociedad demostró plenamente la existencia del pasivo rechazado, y los ajustes relativos al patrimonio.

El Ministerio Público se pronunció así:

"1. Nulidad de la liquidación de Revisión No. 501113 del 17 de agosto de 1981, por violación del artículo 42 de la Ley 52 de 1977".

"La demanda manifiesta que esta norma fue violada porque el requerimiento especial que la Administración envió al contribuyente "no se produjo en debida forma y no reúne las condiciones mínimas para su validez porque no explica las razones en que se sustenta y sólo anuncia el propósito de modificar la liquidación privada sin especificar las razones del rechazo y sin indicar las cuantías que son un elemento esencial en materia tirbutaria, ya que la carga impositiva se determina exclusivamente con base en cifras numéricas; no precisa los cargos y por tanto queda el contribuyente en la imposibilidad de desvirtuar el rechazo".

"Sobre el particular, es preciso anotar que el artículo 42 de la Ley 52 de 1977 señala como causal de nulidad de las liquidaciones de revisión, el hecho de que se haya *omitido* el requerimiento especial a que se refiere la misma norma".

"En este caso no es procedente declarar la nulidad de la liquidación de revisión por una sencilla razón: porque la Administración no omitió el requerimiento especial".

"El señor apoderado admite este último hecho, pero le resta importancia porque, a su juicio, el requerimiento especial es ilegal, y, por serlo, la jurisdicción contenciosa administrativa, debe declarar su nulidad y en consecuencia de toda la actuación administrativa, de otro lado, da a entender que en los procesos de revisión de impuestos se puede pedir no sólo que se revisen los actos que integran una operación administrativa de liquidación de impuestos sino que, además, se puede pedir que se anulen otros actos que no forman parte de dicha operación".

"En el supuesto de que las anteriores afirmaciones sean ciertas, y no lo son, debe aclarársele al señor apoderado que si se declarara la nulidad del requerimiento especial, tal decisión no afectaría la validez de la liquidación de Revisión".

"Por otra parte, no existe ninguna norma legal que diga el requerimiento especial que no contenga una detallada y minuciosa explicación de las razones en que se sustenta". (sic).

"Es más, en este caso, el requerimiento especial es demasiado explícito y se ajusta plenamente a las disposiciones del artículo 42 de la Ley 52 de 1977. En efecto, la Administración, en el requerimiento, le advierte al contribuyente que "se propone modificar su aporte, superávit y la participación" en la sociedad A. Kaplán y Cía, de la que aquél es socio; y la razón que expone para justificar esa posibilidad es simple, elemental y fácil de entender: las modificaciones se harán de acuerdo con la liquidación de revisión que se efectuare a la Sociedad...".

"Además la Administración le advierte que se observa un aumento patrimonial entre los años 1977 y 1978, y que debe comprobar la causa que determinó tal aumento".

"Tan elemental y comprensible era este requerimiento que el contribuyente no lo objetó, no lo tildó de irregular o deficiente; todo lo contrario, lo contestó para dar las explicaciones que se le pedían".

"Todo lo anterior es suficiente para rechazar el cargo que hace la demanda".

"2. Violación del artículo 49, literal g), de la Ley 52 de 1977, puesto que la liquidación de revisión no da explicaciones de las modificaciones y rechazos".

"Este cargo, es igual que el anterior, es temerario".

"Para resolver este punto, a la Fiscalía, sin necesidad de entrar en mayores detalles, le basta afirmar que la Liquidación sí contiene una explicación sumaria de las modificaciones y rechazos".

"3. Violación de los artículos 91 y 116 del Decreto 187 de 1975, 74 del Decreto 2053 de 1974, y 49, 50 y 51 de la Ley 52 de 1977".

"Acerca de este punto no puede haber pronunciamiento alguno, puesto que, según la demanda, estas normas fueron violadas, no por la liquidación practicada al demandante, sino por la practicada a la Sociedad A. Kaplán y Cía".

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Observa la Sala que la procedencia y práctica de las liquidaciones de revisión en el impuesto sobre la renta y patrimonio, está reglada en la Ley 52 de 1977, en sus artículos 41 a 47, inclusive.

En el primer artículo, además de establecer el término dentro del cual debe practicarse la liquidación de revisión, ordena que para su práctica debe seguirse el proceso de determinación establecido en los artículos siguientes.

El artículo 42, manda 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, y sanciona con nulidad las liquidaciones practicadas sin que medie el requerimiento especial.

El artículo 43, le concede el requerido un plazo de tres meses para que formule por escrito objeciones, presente pruebas o solicite las que deben ser practicadas por la Administración, o cumpla requisitos de forma omitidos.

Concordante con estas disposiciones, el artículo 46 dispone: "La liquidación de revisión deberá contraerse exclusivamente a la declaración del contribuyente y a los hechos que hubieren sido contemplados en el requerimiento especial o en su ampliación si la hubiere".

De la lectura desprevenida y análisis coordinado de las anteriores disposiciones deduce la Sala que el requerimiento a que se contraen tales normas es especial por el valor legal asignado, por su forma, contenido, fundamentos y consecuencias.

En efecto, se trata de un requerimiento reglado que implica una garantía para el declarante, que de no producirse, la liquidación privada no puede ser modificada válidamente; y si se produce, se sabe sobre qué puntos en concreto han de versar las modificaciones, porque, su declaración se discute, y tiene la oportunidad de contradecir las razones en que se apoya la Administración para desconocer su confesión fiscal, aportando las pruebas que confirmen su denuncia de renta. En otras palabras, tiene como fundamento el derecho de defensa del contribuyente, por una parte, y la legalidad del acto administrativo de liquidación, por otra.

Esta es la razón, para que el artículo 46 ordene en forma imperativa que la liquidación de revisión debe contraerse exclusivamente a la declaración del contribuyente y a los hechos que hubieren sido contemplados en el requerimiento especial.

Ahora bien, no cabe duda entonces, que los puntos que se requieren modificar y han de ser materia de revisión deben ser expuestos en el requerimiento en forma clara, con explicación de los motivos para su modificación.

Para el caso de autos, se tiene que la Administración envió al contribuyente el requerimiento especial No. 1866 del 6 de mayo de 1981, en los siguientes términos, que transcribimos en lo pertinente:

"Dando cumplimiento al artículo 42 de la Ley 52 de 1977, este Despacho se permite poner en su conocimiento que con base en los resultados del análisis de la declaración de renta y sus anexos por el año gravable de 1978, se propone modificar mediante liquidación de revisión las bases gravables así; (ver folio 61).

"Al tenor de lo dispuesto por el artículo 42 del Decreto 2053 de 1974, la Administración se propone modificar su aporte, superávit y la participación, de conformidad con la liquidación de Revisión que se efectuare a la Sociedad A. kaplán y Cia Nit: 60.014.055, a la cual se le practicó el requerimiento especial No. 1462 de abril 2 de 1981, por el año gravable de 1978".

"De conformidad con el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, deberá demostrar y comprobar la causa que determinó el automento patrimonial entre los años 1977 y 1978, además se tendrá en cuenta la modificación patrimonial que resulte de la liquidación oficial de la sociedad antes mencionada".

Se observa que la Administración se propone modificar: "su aporte", "Superávit" y la "participación", con la única explicación de que a la sociedad, de la cual es socio el contribuyente, igualmente fue requerida.

Para la Sala, en acuerdo con su colaborador Fiscal, el requerimiento reúne los requisitos de la Ley 52 de 1977 en sus artículos 42 y siguientes, por cuanto se le dice al contribuyente en que aspecto se propone modificar su liquidación privada, las razones de lo que se pretende modificar y la forma y oportunidad que tiene para controvertir el criterio de la administración. Además, si bien es cierto que la sociedad tiene una personaldiad jurídica distinta a la de los socios, en el caso que ocupa la atención de la Sala, la sociedad "A. Kaplán y Cía S.C.S.", es una sociedad de personas, en las cuales, "todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responderán solidariamente por las operaciones sociales, (artículo 294 del Código de Comercio), en las que, "la administración de la sociedad corresponderá a todos y cada uno de los socios", según el artículo 310 ibídem, por lo que en la práctica es difícil separar el interés social de el del socio, según las normas aludidas, cosa que no ocurre en las sociedades de capital, cuyo prototipo es la anónima, en la que a los socios no los une vínculo distinto al de la respectiva acción, y en cuya administración no participan directamente.

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:**

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 7 de julio de 1984.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**SUPERINTENDENCIA BANCARIA/ COMPETENCIA/ ENTIDAD FINANCIERA** - Vigilancia/ **POLICIA ADMINISTRATIVA**

**La facultad del Superintendente Bancario para calificar a los directores de las entidades financieras sometidas a su vigilancia, se refiere no solamente al momento de su creación sino que subsiste durante el tiempo de su existencia. La decisión de no dar posesión a un director constituye una típica medida de policía administrativa de carácter preventivo y no sancionatorio.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*- Bogotá, D.E., febrero dieciseis (16) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente*: Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 0493. Actor: JUAN AGUSTIN CARRIZOSA TOVAR. Autoridades Nacionales –FALLO–.

Una vez reconstruído el expediente según el Decreto Ley 3825 de 1985, procede la Sala a decidir la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el apoderado judicial del señor JUAN AGUSTIN CARRIZODA TOVAR contra los actos expedidos por el Superintendente Bancario que le impidieron tomar posesión de un cargo directivo para el cual había sido elegido en la sociedad vigilada DINER'S CLUB DE COLOMBIA, S.A.

Los actos objeto de la demanda son el oficio No. 20814 dirigido el 23 de mayo de 1984 al Gerente de la citada sociedad y la Resolución No. 3973 del 31 de agosto de 1984 que la confirmó al atender la solicitud de reconsideración formulada por su apoderado.

## ANTECEDENTES

El actor, que durante varios años ocupo cargos directivos en sociedades vigiladas por la Superintendencia, fue elegido miembro de la Junta Directiva de Diner's Club de Colombia en Asamblea del 30 de marzo de 1984; el Superintendente Bancario comunicó a la sociedad el 23 de mayo del mismo año la decisión de no autorizar la posesión del Dr. Carri-zosa como miembro de la Junta de dicha sociedad por las razones expuestas en el mismo documento consistentes en resumen, en la vinculación del actor a la administración del denominado Grupo Grancolombiano, relacionado a su turno con el Banco de Colombia respecto al cual la Superintendencia había tomado desde finales de 1983 drásticas medidas que repercutieron en los administradores de aquél.

El actor tras resaltar y criticar varios apartes de la motivación del oficio No. 20184, reiterada en la Resolución No. 3973, observa que el veto fue ampliado por otro oficio igual a otra compañía y que fue en su caso diferente el tratamiento a otras personas que estaban en iguales circunstancias de hecho como participantes en la administración de dicho grupo.

## DISPOSICIONES VIOLADAS

Según cita del demandante, fueron violadas: "Ley 45 de 1923, artículos 27 y 92, Constitución Nacional, artículo 26, Declaración Universal de Derechos del Hombre, Art. 7°.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2°".

La sustentación de los cargos contra los actos administrativos, con base en las normas invocadas puede sintetizarse así:

a) Que el artículo 27 de la Ley 45/23 es aplicable solamente al fundar un banco (hoy extensivo a otros establecimientos), pero no para vetar como administrador en lo sucesivo a la persona elegida por los correspondientes órganos sociales.

b) Que si el artículo 27 citado, confiere facultad discrecional, no necesitaría de fundamentación.

Y aún dentro del criterio de la Superintendencia que la hizo, es criticable porque siendo de tipo fáctico no hubo lugar a controversia del interesado y sin establecer plenamente los hechos base de la determinación.

c) La no posesión o veto implica una "sanción" impuesta sin oportunidad de controvertir los hechos o sea con violación de las garantías del artículo 26 de la C.N. pues al motivar el acto, ha debido darse traslado al interesado como en todo proceso policivo administrativo.

d) El trato discriminatorio prohibido según Tratados Internacionales surge porque no se aplicó a otros accionistas de Cingra S.A.

En su oportunidad los apoderados de la Superintendencia Bancaria se han opuesto a las pretensiones de la demanda incorporando gran parte de los estudios hechos por la entidad sobre la naturaleza y alcance de sus facultades de vigilancia, con base en los cuales sostiene que la calificación de habilidad sobre los representantes de las entidades vigiladas puede ejercerse no sólo al momento de la constitución, "sino durante todo el desenvolvimiento de la vida social de la entidad".

En cuanto a la motivación, consideraron ajustada la actuación impugnada a lo establecido en los artículos 35 y 36 del C.C.A., considerando que la existencia de un margen de discrecionalidad no excluye la facultad de la autoridad administrativa de expresar sumariamente sus motivos. Y, concretamente en cuanto a éstos, reiteró los expuestos con amplitud en la Resolución 3973 de 1984.

Aclara además la Superintendencia que el ejercicio de la facultad que le otorga la ley "no tiene calidad de sanción, sino más bien la de un acto administrativo de declaración ejecutiva negativa de la posesión por no reunir en particular los requisitos legales exigidos" y por no ser éste titular de derechos adquiridos sino de una "expectativa", la característica de la atribución no exige del Superintendente llevar a cabo un procedimiento especial y previo ineludible, no dándose, en consecuencia, violación del artículo 26 de la C.N.

Refutan la alegada violación de Tratados Internacionales aduciendo como aclaración a la diferencia de situaciones con otros directivos porque éstos ya venían desempeñando sus cargos . En consecuencia, es distinto el caso de remover a un administrador en razón de conductas irregulares imputables a él, al caso de abstenerse de dar posesión a uno como medida de índole puramente precautelativa ante circunstancias de hecho que la impiden por el momento.

El Fiscal Tercero Dr. Jaime Ossa Arbeláez, en su vista de fondo, comienza por recordar el sistema colombiano que autoriza al Gobierno para inspeccionar los establecimientos de crédito mediante mecanismos jurídicos intervencionistas (arts. 32 y 1214 C.N.) y que la Ley 45 de 1923 previó en cabeza de la Superintendencia Bancaria la facultad de autorizar al funcionamiento de entidades financieras utilizando el sistema de concesiones y no propiamente dentro del marco de meras autorizaciones. Dentro de este criterio coincide y adopta la interpreta-

ción del artículo 27 de la Ley 45/23 expuesta por la Fiscalía Sexta en el sentido de que esta norma atribuye al Superintendente Bancario la función de calificar a los directivos de entidades vigiladas, tanto al momento de constituírse como durante el curso de su existencia.

Precisa, en cuanto a otro tema, que los artículos 27, 93 y 95 de la Ley 45/23 confieren al Superintendente un poder discrecional (y no simplemente una autorización) que está en la obligación de utilizar para acceder o no a que una persona ocupe cargos directivos en entidades vigiladas y el ejercicio de ese poder discrecional escapa al control de fondo del juez administrativo, que ejerce un control de legalidad (una especie de control externo sobre el poder discrecional) pero no sobre el mérito o la oportunidad del acto administrativo.

Opina, en conclusión, que la administración obró dentro de los límites y fines que la ley le impone en el ejercicio del poder discrecional, al mantener la decisión del oficioo No. 20814 de mayo 23/84, sin que se haya demostrado que la Administración hubiera incurrido en una desviación de poder o desbordándo los límites que las mismas normas le imponen.

Por otra parte, dice el señor Fiscal, no se trata de sanción de ninguna naturaleza que haga necesario abrir una investigación para darle entrada al pliego de cargos y al acto calificatorio que termina con la sanción y le resta la trascendencia que el actor le da al hecho de haber fundamentado o motivado su acto la Administración.

Concluye que se deben denegar las aspiraciones de la demanda y mantener la legalidad de los actos traídos a juicio.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Como esta Sección ya ha tenido oportunidad de decidir algunos casos similares se limita en esta ocasión a reiterar tal criterio dentro del cual se refiere a los principales aspectos en los que basa el actor su impugnación, así:

1. La facultad del Superintendente Bancario para calificar a los directores de las entidades financieras sometidas a su vigilancia, se refiere no solamente al momento de su creación sino que subsiste durante todo el tiempo de su existencia.

Esta interpretación del artículo 27 de la Ley 45 de 1923 se hace en armonía con lo dispuesto en los arts. 93 y 95 de la misma ley y en consideración a que la principal finalidad de la facultad de vigilancia atribuída a la Superintendencia Bancaria es la de mantener la CONFIANZA de la comunidad en el sector financiero del país y de ahí que goce de facultades de índole policiva administrativa

para prevenir lo que pueda afectar su adecuado funcionamiento y sancionar en la forma y medida que se lo permita la ley.

2. Específicamente en el campo de los directores de tales entidades, la competencia del Superintendente es reglada en cuanto al régimen de incompatibilidades y prohibiciones, pero es discrecional en cuanto le atribuye la potestad de calificar condiciones personales tales como el carácter, la responsabilidad y la idoneidad de los elegidos para dirigir las entidades vigiladas. Como es obvio ésto implica atribución para analizar y calificar subjetivamente la conducta de tales personas y el juicio de valor en cada caso le compete solamente al Superintendente como responsable de mantener la confianza en el sector financiero.

3. La decisión de no dar posesión a un director constituye una típica medida de policía administrativa de caracter preventivo y no sancionatorio; está basada en el concepto exclusivo del Superintendente sobre la persona elegida, pero además en consideración a las circunstancias del momento y restringidas solamente al caso concreto que se le proponga.

4. El control jurisdiccional sobre estos elementos viene a quedar prácticamente limitado. En efecto, desde que la medida haya sido adoptada por el funcionario competente, dentro de los límites de proporcionalidad con los hechos en que se funde, adecuada a la finalidad indicada en la ley de autorizaciones y plasmada en providencia motivada, no puede sostenerse que viola las mismas disposiciones en que dice fundarse, ni el derecho de defensa el debido proceso.

De la circunstancia formal de haber sido motivada la providencia impugnada, no puede deducirse su nulidad (por falta de oportunidad para intervenir o controvertir la prueba de los hechos), porque el procedimiento al cual están sometidas las providencias no depende de aquella circunstancia formal, sino de su propia índole jurídica que la concretan las disposiciones legales en que se funda o la naturaleza de la decisión adoptada, ora sea de prevención, ora de sanción.

5. En el caso que se examina, la medida adoptada por el Superintendente no tuvo carácter sancionatorio sino preventivo y con relación a un solo cargo para tomar posesión de él. No es pues, igual a otros casos en los que, como lo aclaró la Superintendencia, se trataba de personas que venían de tiempo atrás desempeñandolos.

En tales condiciones no resulta aceptable el cargo de desigualdad en el trato, con violación de principios consagrados en tratados internacionales.

El caso que atiende la Sala en esta ocasión, muestra una discordancia de peticiones, pues éstas consisten, en primer lugar, en la anulación de los actos que impidieron al actor posesionarse del cargo de miembro de la Junta Directiva de

una sociedad vigilada y en segundo lugar, a título de restablecimiento del derecho, a lograr de esta Corporación que se declare que el actor "no está vetado para ocupar cargo de administrador en las sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, por los motivos señalados por esa entidad en el oficio cuya nulidad se solicita".

La Sala observa que esta última pretensión no está adecuadamente planteada, ya que la objeción del Superintendente estuvo restringida a un cargo en una sociedad específica y desde luego en razón de las circunstancias del momento. En tanto que la petición planteada como consecuencia de la nulidad pretende que se extienda al cargo de administrador en todas las entidades vigiladas. La objeción impugnada, no implicó prohibición vitalicia y por la misma razón el eventual levantamiento de ella (si fuere anulada) no podría implicar autorización permanente.

Y es que la Sala entiende que así como la objeción o veto del Superintendente no es general, ni vitálicia, sino limitada a un solo caso y en un momento determinado, la anulación del acto tampoco puede producir efectos generales y permanentes, entre otras razones, porque el Superintendente continúa gozando de facultad para analizar los nuevos casos que le puedan plantear en circunstancia de hecho diferentes a las que originaron la objeción en otro momento.

En esta forma se reitera y complementa lo expuesto por la Sección en fallo del 5 de mayo de 1989 (Expediente No. 0517 –actor Pablo Michelsen Niño) con ponencia de la Consejera Consuelo Sarria Olcos.

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:**

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese, cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

## FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL/ FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

**Asambleas y concejos requieren la autorización del Congreso Nacional expresada en una ley para votar impuestos y contribuciones, ciñendose a las normas constitucionales.**

*CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del art. 1°* del Acuerdo No. 4 del 5 de mayo de 1988 del Consejo Distrital.

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.-* Bogotá, D.E., veintitres (23) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2792. Actor: Orlando Alfonso Paéz Lancheros. Apelación auto suspensión provisional de 30 de junio de 1989 del Acuerdo No. 4/88, artículo 1° del Concejo del Distrito Especial de Bogotá. AUTO.

1. La apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, interpuso oportunamente recurso de apelación contra el auto proferido por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de junio de mil novecientos ochenta y nueve, que al resolver la solicitud de suspensión provisional del artículo 1o del Acuerdo No. 4 de 1988 originario del Concejo Distrital, dispuso: "Estese a lo dispuesto en el auto de 16 de septiembre de 1988 de esta Sección que resolvió suspender provisionalmente el artículo 1o del Acuerdo No. 4 del 5 de mayo de 1988, del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, y admitió la demanda de nulidad presentada contra el artículo 1o del Acuerdo No. 4 del 5 de mayo de 1988, del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, y

admitió la demanda de nulidad presentada contra el artículo 1o del Acuerdo No. 4 de 1988 ya citado.

2. La norma acusada expresa:

"Los usuarios de Moteles, Estaderos, Residencia, Amoblados, Aparta-Hoteles, Hospedajes, Pensiones, Hoteles, calificados como tales de acuerdo con la Licencia de Funcionamiento expedida por la Secretaría de Gobierno, pagarán mensualmente a favor de la Tesorería del Distrito Especial de Bogotá, con destino al Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, una contribución del 10% del valor de la tarifa por cada servicio".

Parágrafo: "Estarán exentos de esta contribución todos aquellos establecimientos vigilados por la Corporación Nacional de Turismo".

Parágrafo: "Para el pago de esta contribución se presume que los servicios mensuales mínimos de cada uno de los establecimientos señalados en este artículo, no es en ningún momento inferior a veintiun servicios mes por habitación. Sólo en caso de fuerza mayor y caso fortuito, no se tendrá en cuenta la presunción".

3. La Sala (Sección Segunda del Tribunal), en el auto objeto de la apelación dijo: "La Sala debe precisar que por auto del 16 de septiembre de 1988, la Sección Segunda de la Corporación resolvió" "Suspender provisionalmente el artículo 1$^{o}$ del Acuerdo No. 4 del 5 de mayo de 1988, emanado por el H. Concejo de Bogotá". En consecuencia en esta oportunidad la Sala deberá atenerse a lo dispuesto en dicho proveido sobre el particular".

4. Esta Sección al conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 16 de septiembre de 1988 proferido por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decretó la nulidad de toda la actuación, porque si bien en el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Distrito Especial de Bogotá, solo se atacaba el auto en cuanto decretó la suspensión provisional, porque no se había acompañado la prueba de la publicación del Acuerdo acusado, como lo prescribe la ley, el recurso realmente atacaban toda la actuación ante la jurisdicción administrativa, puesto que la falta de la prueba de su publicación, se refería a todo el acto, por lo que la nulidad afectada en verdad, a toda la actuación.

5. A su vez el auto de 16 de septiembre de 1988 fundó la orden de suspensión provisional en el auto de suspensión provisional del Acuerdo 19 de 1987, artículo 9$^{o}$.

6. Al sustentar el recurso el apelante alega en lo fundamental, que el Concejo Distrital tiene facultad constitucional para imponer contribuciones no siendo por ello un ente puramente administrativo, y que la tesis del Consejo de Estado sobre la carencia de capacidad se basa en otros artículos de la Constitución y no en el 43, los cuales no han sido citados por el actor como transgredidos, y siendo la jurisdicción contenciosa rogada y no oficiosa, el Juez administrativo debe ceñirse al concepto de la violación expresado por el demandante y a las normas citadas como infringidas. Por ello, el supuesto quebrantemiento de norma superior no surge de manera ostensible como lo pretende el actor y el a-quo no debió proferir su decisión con fundamento en la transgresión del numeral 2o del artículo 197 de la Carta, "pues no hay manifestación expresa acerca del sentido o los motivos de la acusación" y transcribe el auto de 20 de junio de 1986, que se refiere a las reglas para decretar la suspensión provisional.

## - SE CONSIDERA:

La Sala observa que no es cierto como lo afirma la distinguida profesional que asumió la defensa del acto administrativo, cuya nulidad se pide, que se hubiera invocado solo la violación del artículo 43 de la Constitución Nacional. En efecto, en el Capítulo 6o., de la demanda titulado "Medida cautelar, textualmente se dice: "Que previos los trámites prescritos por el artículo 152 inciso $4^{0}$ del C.C.A., se ordene la medida cautelar sobre la suspensión provisional del Acto Administrativo atacado, o sea el artículo $1^{0}$ del Acuerdo No. 4 de 1988".

"La anterior solicitud de suspensión provisional la hago de acuerdo con lo establecido por el artículo 193 de la Constitución Nacional, concordante con el artículo 152 del C.C.A., por contener esta solicitud los requisitos establecidos para decretar la suspensión, solicito a los señores Magistrados se sirvan ordenar esta medida cautelar". Y en el capítulo "Normas Superiores Violadas", se lee: "El artículo 43 de la Constitución Nacional, dice: "En tiempo de paz solamente el congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, podrán imponer contribuciones" "Acto Legislativo No. 3 de 1910 en su artículo 6o artículo 197 de la Constitución Nacional. "Son atribuciones de los consejos (sic) ejercerán conforme a la ley los siguientes:... 2. Votar, de acuerdo con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas, la contribución y los gastos locales".

En el capítulo que titula "Fundamentos y Razones de la Violación, el demandante dice: "Considero que la violación es manifiesta y que por lo tanto procede la suspensión provisional por las siguientes razones: "1. Por ser violatoria del artículo 43 de la constitución Nacional, además del artículo 197 numeral

2° *ibídem*, porque el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, es un ente puramente administrativo y por (sic) consiguiente no puede crear impuestos a menos que esté previamente autorizado por la ley expedida por el Congreso donde lo faculte para crearlos o que su función esté determinado administrativamente para su desarrollo del impuesto creado por la ley"; más adelante reitera este criterio en el capítulo que titula "Concepto de la violación y fundamento de la misma", al decir "tal como se explicó (sic) en el acápite de "Normas Superiores Violadas; el acuerdo es violatorio de los artículos 43 y 197 ordinal 2° de la Constitución Nacional, pcr cuanto el Concejo de Bogotá, no es competente para crear contribuciones sino por expresa autorización de la ley, expedida por el Congreso y en ejercicio de función legislativa".

Queda, entonces, con las transcripciones que anteceden, desvirtuada la afirmación de que solo se había alegado la violación del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Y en cuanto al punto fundamental relativo a la competencia restringida de Asambleas y Concejos para votar impuestos o contribuciones, la Sala reitera el criterio tantas veces expuesto por esta Corporación en el sentido de que estos organismos administrativos, requieren la autorización del Congreso Nacional expresada en una ley para votar impuestos y contribuciones, ciñendose a los términos del artículo 197, ordinal 2° que refiriendose a las atribuciones de los Concejos, dice: "Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes: SEGUNDA: votar, en conformidad con la Constitución, la ley ordenanzas, las contribuciones y gastos locales".

Las razones que anteceden, a juicio de la Sala, son suficientes para mantener la medida de suspensión provisional, pues cabe consignar que son muchos los casos que esta Sala ha conocido en que se demandan actos del Concejo Distrital ilegales, que este reproduce, a pesar de carecer de facultad legal para establecer ese tipo de impuestos para una actividad que por otra parte, ya está gravada con impuesto de Industria y Comercio.

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

**RESUELVE:**

CONFIRMAR EL AUTO APELADO.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente 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.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**ACTO ADMINISTRATIVO/ PUBLICACION/ ACTO ADMINISTRATIVO** - Exigibilidad

**La Sala se ha pronunciado en contra de la admisión de demandas sobre actos no publicados cuando el requisito de la publicación sea necesario para entrar a regir. Igualmente, ha expresado su criterio sobre la exigibilidad del acto antes de su publicación, lo cual se reitera en esta oportunidad, que deriva de lo preceptuado por el artículo 43 del C.C.A., y lo dispuesto en le Ley 57/85, en el sentido de que los actos que requieran ser publicados para entrar en vigencia, no son exigibles ni para los particulares ni para los funcionarios mientras tal requisito no se lleve a cabo.**

*LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 2° de la Resolución No. 0876 de 1988 del Ministerio de Desarrollo Económico, decretada en auto de octubre 11 de 1988.*

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., dos (2) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 2288. Actor: Ignacio Escobar Uribe. Autoridades Nacionales. Acción de nulidad y suspensión provisional contra el literal i) del artículo 1°; el artículo 2° de la Resolución No. 0876 de 6 de septiembre de 1988 expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico. FALLO.

El ciudadano IGNACIO ESCOBAR URIBE demandó ante esta Corporación en acción pública de nulidad el literal l) del artículo 1° y el artículo 2° de la Resolución No. 0876 de 1988 del Ministerio de Desarrollo Económico.

Solicitó la suspensión provisional de las normas acusadas, medida que fue decretada por el Consejero ponente, en relación con el artículo 2° de la resolución demandada, mediante auto de once de octubre de 1988, el cual se encuentra en firme.

Adujo el demandante la violación del artículo 43 del C.C.A., por considerar que el artículo 2° mencionado al disponer que la resolución 876 acusada, regía a partir de su expedición y nó de su publicación, contrariaba el principio de la publicidad de los actos administrativos contenido en la norma superior del citado código.

Además sostuvo que se violaba por parte del artículo 1° (literal 1), lo establecido por el artículo 8° del Decreto Legislativo No. 209 de 1957 y también lo dispuesto por el artículo 4° del Decreto Reglamentario No. 753 de 1972.

## OPOSICION DEL MINISTERIO DE DESARROLLO:

El Ministerio de Desarrollo Económico se hizo presente en el juicio para contestar la demanda y oponerse a las pretensiones del demandante mediante memorial en el que básicamente señala que la locución "rige a partir de la fecha" debe entenderse como si dijera que "rige a partir de su publicación".

## CONCEPTO FISCAL:

La señora Fiscal Sexto del Consejo de Estado, Doctora Dolly Pedraza de Arenas conceptúa que las súplicas de la demanda deben prosperar y que se debe fallar declarando la nulidad de las normas demandadas.

## CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

Observa la Sala que el actor no acompaño con su demanda constancia de que la resolución acusada hubiere sido publicada, y antes, por el contrato manifiesta expresamente y ésto no lo desvirtúa el Ministerio de Desarrollo, que "el 6 de septiembre de 1988 a las 12 p.m. no se había publicado aún la resolución...". Se limita el demandante a acompañar fotocopia auténticada de la resolución que demanda, la cual obra a folios 1 y 2 del expediente, pero sin que en ella aparezca constancia alguna de su publicación o notificación.

Como no obra en el expediente constancia alguna sobre la publicación del acto administrativo que se demanda y como todo parece indicar que dicho acto no fue publicado, o por lo menos no lo había sido al momento de admitirse la demanda, y ésta se admitió sin verificar el cumplimiento de este presupuesto, dando lugar al adelantamiento del proceso en tales condiciones, no queda alternativa diferente a la de proferir sentencia inhibitoria, toda vez que el acto acusado

era inoponible a los administrados por ausencia del requisito legal de la publicación y por ende, la jusrisdicción de lo contencioso administrativo carecía de competencia para conocer de una demanda sobre un acto administrativo cuya vigencia legalmente no había comenzado. Agrega la Sala que aún en el momento de dictar sentencia no se conoce procesalmente si el acto demandado fue o nó publicado, por lo que procederá a proferir sentencia inhibiéndose de analizar el fondo de las pretensiones.

En reiteradas oportunidades, en aplicación de lo previsto en el primer inciso del artículo 136 del C.C.A., (según la redacción vigente al momento de presentarse la demanda), la Sala se ha pronunciado en contra de la admisión de demandas sobre actos no publicados cuando el requisito de la publicación sea necesario para entrar a regir. Igualmente, ha expresado su criterio sobre la no exigibilidad del acto antes de su publicación, lo cual se reitera en esta oportunidad, que deriva de lo preceptuado por el artículo 43 del C.C.A., y lo dispuesto en la Ley 57 de 1985, en el sentido de que los actos que requieran ser publicados para entrar en vigencia, no son exigibles ni para los particulares ni para los funcionarios mientras tal requisito no se lleve a cabo.

Finalmente y como se observa que en el presente juicio se decretó la suspensión provisional de parte del acto demandado, se considera que, habida cuenta de la decisión que se adoptará, deberá procederse a su levantamiento.

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:**

INHIBESE para pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Levántase la suspensión provisional decretada mediante auto de 11 de octubre de 1988.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente y cúmplase.

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

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**SOCIEDADES IMBRICADAS/ RENTA GRAVABLE/ PRUEBA CONTABLE/ ELUSION TRIBUTARIA/ ADMINISTRACION TRIBUTARIA** - Funciones

**La administración cuestionó la veracidad de la contabilidad de la empresa, razón por la cual no le dio el valor probatorio que ella tiene para respaldar partidas fiscales que se denuncian en las declaraciones tributarias. Es función de la administración tributaria, vigilar por la recta aplicación de las normas reguladoras de los impuestos administrados por ella y en uso de tal deber le corresponde estar atenta a que los sujetos pasivos de la obligación, no la infrinjan directamente ni a través de operaciones que aunque virtual o aparentemente legales tengan como objeto menguar los intereses del fisco que la doctrina conoce como elusión tributaria. (Ejercicio fiscal de 1980).**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., marzo dos (2) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 1957. Actor: NEGOCIOS SEYMA LIMITADA Y CIA. S.C.A. C/LA NACION. Impuestos –FALLO–

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad "NEGOCIOS SEYMA LTDA Y CIA S.C.S.", contra la sentencia que dictó el 29 de septiembre de 1987 el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el juicio promovido para que se modificara la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1980.

## ANTECEDENTES:

Mediante liquidación de revisión No. 1877 de agosto 8 de 1983, la Administración Tributaria determinó el impuesto de renta a cargo de la contribuyente por el año gravable de 1980. Desconoció ella, los efectos de la compra y venta de cuotas de interés social que la contribuyente efectuó durante el año, con base en los resultados obtenidos en la inspección que se practicó a sus libros de contabilidad, por la Oficina de Auditoría Externa.

Con fundamento en la misma diligencia administrativa, también rechazó el pasivo que solicitó por la suma de $30.000.000 e impuso sanciones por libros de contabilidad e inexactitud.

La liquidación oficial fue recurrida y la oficina de impuestos por medio de la Resolución No. 0561 de fecha 16 de septiembre de 1985, confirmó en todas y cada una de sus partes la decisión impugnada.

Incoada la acción contenciosa administrativa, la actora por medio de apoderado solicita se declaren nulos por irreal motivación y violación directa de claras normas legales, todos los actos proferidos por la Administración Tributaria en la fijación de la carta impositiva por el año en cuestión y en consecuencia se declare en firme la liquidación privada presentada por esta vigencia.

A tal efecto cita como violadas las siguientes disposiciones:

Artículos 16, 32, 55 y 63 de la C. N., art. 2 y 3 del Decreto 01 de 1984; art. 12, 252, 258, 264 C.P.C., art. 1742, 1766 y 1934 del C.C. y art. 31 de la Ley 52 de 1977.

Analizados los alegatos presentados por la contribuyente, el Tribunal Administrativo de Antioquia, estimó que no era procedente declarar la nulidad de la Resolución que agotó la vía gubernativa, por encontrarla ajustada a derecho y adhirió a los argumentos en que se sustentó la actuación fiscal.

## DE LA APELACION:

En memorial de apelación presentado por la sociedad contribuyente, el actor insiste en que la actuación de los funcionarios al desconocer el valor de las escrituras públicas con las cuales respaldó las operaciones de compra y venta de los derechos sociales, a mas de violar normas constitucionales que cita, invade funciones adscritas al poder judicial.

Considera igualmente el demandante que, los funcionarios de impuestos violaron el procedimiento "para desconocer el precio de venta" pues si estimaban

que ésta era irrisorio, han debido enviar los antecedentes administrativos de impuestos de Medellín, funcionario competente para obrar en el caso, de conformidad con la Resolución 318 de 1981 de la Dirección de Impuestos Nacionales y art. 19 del Decreto 2053 y 76 del Decreto 2247 ambos de 1974.

Finaliza su pedimento, solicitando confirmación de la liquidación privada presentada por el período 1980 y se levanten por improcedentes las sanciones que por libros de contabilidad e inexactitud le fueron impuestas a su poderdante.

## DE LA PARTE OPOSITORA:

El delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, además de oponerse a las pretensiones del apelante, ruega se nieguen las súplicas de la demanda y en su defecto se confirme la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las siguientes razones:

1. Está dentro de las funciones de la Administración Tributaria, vigilar las transacciones comerciales y sus posibles alcances fiscales que realicen los sujetos pasivos de la obligación tributaria, las cuales a más de estar sujetas al Código de Comercio deben regirse por el estatuto impositivo. En ejercicio de tal deber los funcionarios de impuestos practicaron la inspección contable de la que se derivó el desconocimiento de los efectos fiscales de los instrumentos públicos puestos a su consideración.

2. Dentro de los antecedentes administrativos, dice, "... no aparece la prueba fundamental del objeto social desarrollado por la sociedad, para deducir de ésta su calidad de inversionista, comisionista que le de la calidad de efectuar transacciones de compra y venta, y como elementos de juicio obran tan solo las escrituras públicas en las que se configuró la transacción de las cuotas de interés.

## EL MINISTERIO PUBLICO:

La señora Fiscal Sexta, Doctora Dolly Pedraza de Arenas, es partidaria de confirmar la sentencia por compartir plenamente los razonamientos del *a-quo* que complementa con nuevas observaciones de fondo sobre los hechos en controversia, a saber:

> "La diferencia entre el valor adquisición y el de venta de los derechos, en esencia lo que origina es una pérdida que no es deducible de la renta, como quiera que las pérdidas deducibles de ella son las operaciones que provienen del exceso de los gastos de un negocio en relación con los ingresos brutos (art. 84 y 85 del Decreto 187 de 1975) y las de capital, que corresponden a los bienes de capital usados en el negocio o actividad productora de renta

y ocurridas por fuerza mayor (art. 83 Decreto 187 de 1975) y la que nos ocupa no es operacional ni de capital. No configura pérdida de capital pues no se trata de robo, incendio, o destrucción de los derechos o de cualquier otro hecho constitutivo de fuerza mayor y tampoco es operacional porque la pérdida no se produjo dentro del giro ordinario de los negocios de la actora; pese a que dentro de su objeto social estaba la compra y ventas de partes de interés social, lo cierto es que la actividad económica productora de renta, según lo informó la sociedad en su declaración por la vigencia discutida, fue la de 'sub-contratos', hecho que se puede corroborar al analizar el anexo trece del renuncio rentístico, que muestra que el 98% de los ingresos provienen de las obras de ingeniería, con los cuales la pérdida no tiene relación de causalidad ni necesidad alguna. Los ingresos por venta de derechos ascendieron solamente a la suma de $450.000 –que comparada con su costo de $30.000.000 arrojó la pérdida de 29.550.000, lo que indica que no se trata de una operación corriente de compra de derechos con ánimo especulativo, sino de una operación defraudatoria que no puede ser normal dentro del giro de los negocios de una sociedad".

El rechazo del pasivo igualmente lo considera inobjetable, puesto que no obstante estar contabilizado no existe documento externo que respalde su registro, porque las escrituras que se presentaron entonces como soporte dan cuenta de que los aportes a la fecha de su otorgamiento habían sido totalmente pagados. Posteriormente la sociedad ha afirmado que se trata de una negociación diferente pero ninguna prueba ha presentado de ello.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Conforme a los antecedentes expuestos, la Sala considera que los puntos sobre los cuales debe pronunciarse en el caso sometido a su análisis, son los siguientes:

1. La petición de la demandante para que se reconozca eficacia probatoria y efectos jurídicos y económicos a las transacciones comerciales realizadas según consta en escrituras públicas que al desconocerlas la Administración obró ilegalmente.

2. Se reconozca el pasivo desestimado y se levanten las sanciones por libros de contabilidad e inexactitud que le fueron impuestos por el período en litigio.

## 1. PERDIDA EN CESION DE CUOTAS SOCIALES.

En relación con el primer punto materia del debate, la Sala está de acuerdo con su colaboración Fiscal: La Administración de Impuestos no negó la validez de la celebración de los negocios en cuestión, solamente desconoció los efectos

tributarios al determinar la renta gravable de la sociedad, por encontrar suficiente mérito para calificarlos defraudatorios del fisco.

El acta de inspección practicada a los libros de la empresa, detectó anomalías que pusieron de manifiesto una serie de irregularidades en los soportes y registros de las transacciones, tales como incongruencias entre las informaciones suministradas en las escrituras y los asientos contables en cuanto a la forma de pago, el registro simultáneo de las operaciones de compra venta y la ostensible diferencia entre el precio de compra y venta de tales derechos, habida consideración del lapso transcurrido entre una y otra operación. Es decir, la Administración cuestionó la veracidad de la contabilidad de la empresa, razón por la cual no le dió el valor probatorio que ella tiene para respaldar partidas fiscales que se denuncian en las declaraciones tributarias.

Aunque en la sentencia apelada se hizo un pormenorizado análisis de las circunstancias que motivaron su juicio, la Sala no puede dejar de resaltar la notoria irregularidad del proceder de la empresa que se deduce del siguiente resumen de los negocios por cuyo efecto tributario insiste su apoderado:

Según las escrituras públicas que se indican entre paréntesis, todas otorgadas en la Notaría Segunda de Medellín, se realizaron las siguientes operaciones en las fechas que se indican:

1. El 28 de noviembre de 1980 (EP. No. 2570).

– La sociedad demandante (Negocios SEYMA Ltda y Cía Ltda S.C.A.) dice suscribir y *pagar* 20.000 cuotas correspondientes en la sociedad "Inversiones Velez Posada y Cía en C." por valor de $10.000.000.

– El 4 de diciembre (E.P. 2640) estas mismas cuotas las transfiere a "Blanca Posada de Velez y Cía S. en C". por $150.000 que declara tener recibidos a entera satisfacción.

2. El 17 de diciembre/80 (E.P. 2707) suscribe y paga 20.000 cuotas comanditarias en "Darío Salazar y Cía S. en C." por $10.000.000.

– El 18 de diciembre (E.P. 2712) es decir, al día siguiente, cede estas mismas cuotas a "Beatríz Pineda de Salazar S. en C." por $150.000 que igualmente declara recibidos a satisfacción.

3. El mismo día 17 de diciembre (E.P. 2708) dice suscribir y *pagar* $10.000.000 por 20.000 cuotas comanditarias en Alvaro Villegas y Cía S. en C. y también al día siguiente 18 de diciembre (E.P. 2711) las transfiere por $150.000

a "Villegas Mesa y Cía S. en C.", al igual que en las anteriores, recibidos a entera satisfacción.

La *contabilización* de todas estas operaciones se hizo el día 30 de diciembre, esto es, al cierre del ejercicio, mediante el único comprobante No. 1812 (Libro Caja Diario folio 105); la operación de "compra" (sic) de cuotas afectó las cuentas de "Inventarios" y "cuentas por pagar" y la de cesión, afectó ventas contra "cuentas por cobrar".

Es decir, que no obstante afirmarse en las escrituras públicas que al suscribir las cuotas se pagaron en su totalidad, en la contabilidad se registraron deudas por el mismo valor de suscripción ($10 millones) con cada una de las sociedades y al realizar el traspaso, no obstante de afirmar recibo a satisfacción por el valor de venta, éste también se quedó debiendo.

No es cierta pues la afirmación de que existía debida correspondencia entre las escrituras como comprobantes externos y el asiento contable: su análisis demuestra que alguno de los dos falseó la realidad: en las escrituras al decir que las cuotas se pagaron o en la contabilidad al decir que quedó debiéndose el aporte.

Con razón el Tribunal se apoyó en el art. 264 del C. de Procedimiento Civil para apreciar "conforme a las reglas de la sana crítica" las declaraciones contenidas en las escrituras puesto que la Administración es un tercero y no la obligan tales manifestaciones.

Por otra parte, tales operaciones fueron las que trasladaron a la declaración de renta como "pérdida en Venta de cuotas comanditarias" así:

| | |
|---|---|
| Valor de venta de derechos | $ 450.000 |
| Valor de costo de derechos | $30.000.000 |
| Pérdida solicitada | $29.550.000 |

La pretensión para que se califiquen éstas como "pérdidas operacionales" (compensables con utilidades de otras actividades) por el hecho de contemplar dentro del "objeto social" de los estatutos la compra venta de derechos sociales, acciones, etc., resultados en este caso inadmisible, porque no basta tal circunstancia formal y aparente para considerarla como actividad regular y ordinaria, sino que estas características deben surgir de la realidad de los negocios (en este caso más del 98% de los ingresos provenían de actividades relacionadas con la Ingeniería); además, según los investigadores de la Administración pudo constatarse que mediante sistemas similares produjo "pérdidas" del mismo estilo en otros ejercicios fiscales, así:

| | | |
|---|---|---|
| Año de 1977 | $ | 1.800.000 |
| Año de 1978 | | 16.650.000 |
| Año de 1979 | | 29.400.000 |
| Año de 1980 | | 118.800.000 |

Con estos antecedentes lo que demuestra la sociedad es el ánimo defraudatorio que le atribuyó la Administración y que su apoderado en forma paladina confiesa diciendo que tan solo, "la sociedad usó legalmente el método de capitales (sic) a otras sociedades afines con el menor costo posible de impuestos". Fácil es advertir que con tal método no se logra capitalizar ninguna sociedad, porque se trata de aportes ficticios (al debe), pero en cambio sí se logra disminuír los impuestos.

Y además, es que el precio de venta asignado en las escrituras a los derechos sociales, resultó violatorio de claras disposiciones fiscales que establecen que aquél debe corresponder al valor comercial promedio para bienes de la misma especie, en la fecha de enajenación y quebrantó otras normas comerciales y civiles que de una u otra manera limitan la autonomía de la voluntad que las partes contratantes tienen para acordar el precio objeto de negociación.

Evidentemente los artículos 18 y 19 del Decreto 2053 y el artículo 76 del Decreto 2247 ambos de 1974, determinan como regla general que el precio de enajenación de activos a cualquier título, es el valor comercial realizado en dinero o en especie.

Entiende la ley por valor comercial el señalado por las partes, siempre que no difiera notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie, en la fecha de su enajenación.

El valor asignado por las partes difiere notoriamente del promedio vigente, cuando se aparte en más de un 25% de los precios establecidos en el comercio para bienes de la misma especie y calidad en la fecha de enajenación teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos.

Por su parte el artículo 920 del Código de Comercio, determina que el precio irrisorio se tendrá por no pactado y el Código Civil faculta al vendedor para rescindir el contrato de compraventa cuando sufre lesión enorme, esto es, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende.

Es función intrínseca de la Administración Tributaria, vigilar por la recta aplicación de las normas reguladoras de los impuestos administrados por ella y en uso de tal deber le corresponde estar atenta a que los sujetos pasivos de la obligación, no la infrinjan directamente ni a través de operaciones que aunque

virtual o aparentemente legales tengan como objeto menguar los intereses del fisco que la doctrina conoce como *elusión tributaria*.

La interpretación de la ley tributaria no puede atenerse a la verdad formal, debe buscar siempre la verdad real en la determinación de la carga impositiva que corresponde pagar a sus administrados, pues de no ser así su acción resultaría nugatoria. El artículo 31 de la Ley 52 de 1977 que cita el apoderado como violado por la actuación administrativa, ciertamente enseña a los funcionarios de impuestos, el principio de actuar con un "relevante espíritu de justicia" y tiene como fundamento la premisa de que "el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación". Pero este mismo principio implica en forma correlativa la obligación del ciudadano de contribuír con lo que ordena la ley sin que puedan resultar válidos los juegos que esta misma permite, pero no para cumplirla sino para defraudarla.

Por todo ello, la Sala concluye que la Administración en ejercicio de su deber y del análisis de los documentos presentados a su consideración, desestimó la pretendida pérdida resultante de la compra-venta, es decir, no la reconoció como tal en la determinación del impuesto fijado a la demandante por el período de 1980, conducta con la cual no se invadió competencias asignadas a otras ramas ni a otros funcionarios como pretende el demandante, sino fue cabal ejercicio de las facultades conferidas entre otros por el art. 30 de la Ley 52 de 1977 y legítima defensa de los intereses del erario público.

## 2. PASIVO Y SANCIONES.

En cuanto al rechazo del pasivo también es procedente mantener la actuación gubernamental. Hay contradicción en los argumentos de la sociedad en relación con su origen. Primero informa que la deuda se presentó como consecuencia de la compra de los derechos sociales y trae como soporte las escrituras que muestran que a su otorgamiento los valores estaban totalmente cancelados. Después con motivo de la impugnación en la vía gubernativa, sostiene que la misma fue un préstamo que otorgaron las sociedades con quienes efectuó la negociación sin que aporte prueba que respalde la aseveración.

Consecuente con lo expuesto igualmente es procedente mantener las sanciones que por los libros de contabilidad e inexactitud le fueron impuestas a la sociedad.

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

**FALLA:**

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de Origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

*Guillermo Chahín Lizcano*, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria OIcos*.

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**VIA GUBERNATIVA** - Agotamiento/ **ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO**

**La necesidad de debatir en sede jurisdiccional los mismos puntos debatidos en la discusión en la vía gubernativa, no surge del art. 278, sino del 271 de la Ley 167/41 que consagró la acción judicial a "toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado", lo cual supone la necesidad del agotamiento de la vía gubernativa. La necesidad de agotar la vía administrativa para acudir en demanda ante la jurisdicción, además de ser una exigencia de la Ley anterior en el art. 71 también lo es en la actual tanto del artículo 135 del Decreto 01/84 como en el art. 22 del Decreto 2304/89 que lo modificó.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.-* Bogotá, D.E., dos (2) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2116. Actor: Carmen Elisa Aparicio de Arango y Compañía S. en C. Apelación sentencia de 23 de enero de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. IMPUESTO - 1979. FALLO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad CARMEN ELISA APARICIO DE ARANGO Y CIA S. en C., Nit: 60.042.204, contra la sentencia de enero 23 de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las peticiones de la demanda formuladas por la actora contra los actos de determinación del impuesto de renta y complementarios correspondientes al año gravable de 1979 (fls. 67 a 83).

Por cuanto el proyecto elaborado por el Consejero Sustanciador no fue compartido por la Sala en cuanto, en acuerdo con el Ministerio Fiscal, declara que "a la luz de la acción de restablecimiento del derecho del artículo 85 del Decreto 01 de 1984, la actora puede alegar puntos nuevos no discutidos en la vía gubernativa", etc, compartiendo el proyecto elaborado en todo lo demás; se trata por tanto, de un aspecto doctrinario.

## ANTECEDENTES:

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá mediante requerimiento especial No. 4037 de marzo 30 de 1982 propuso adición al patrimonio bruto declarado de la suma de $7.774.990.oo dejada de declarar por concepto de aportes, reservas y superavit en la Sociedad Agustín Arango Sanín y Cía S. en C., Nit: 60.042.203, efectuando el respectivo reparto conforme a lo previsto en el art. 42 del Decreto 2053 de 1974, así:

| | | |
|---|---|---|
| Porcentaje | 99.8725% | |
| Capital social | | $ 6.485.000 |
| Reservas | | 84.462 |
| Superavit | | 13.100.788 |
| **Total** | | 19.670.250 |

Se observa que la distribución anterior, de acuerdo con requerimiento especial No. 3919 de marzo 26 de 1982 corresponde al aporte que la actora tiene en la sociedad AGUSTIN ARANGO SANIN Y CIA S. en C., a la cual se le practicó la liquidación oficial de revisión 101983 de julio 29 de 1982 (fls 56 al 58).

En el mismo requerimiento 4037 referente a la adición al patrimonio efectuado con fundamento en el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 la Administración Tributaria planteó primeramente una capitalización del orden de $9.029.087 cuyo detalle aparece al anverso del mismo (fl. 10, antecedentes administrativos), con el objeto de que la contribuyente la desvirtuara.

La partida de $7.774.590 adicionada al patrimonio bruto declarado a diciembre 31 de 1979 ($14.116.922) resulta de la diferencia entre $19.670.250 y $11.895.660 que registra el renglón 7 del formulario de la declaración de renta y patrimonio de 1979 correspondiente al rubro APORTE, RESERVAS Y SUPERAVIT.

De otra parte se precisa que la contribuyente en el anexo oficial No. 4 (Informativo sobre distribución a socios) suministró en su declaración los siguientes datos:

| SOCIO | % | CAPITAL GRAVABLE | RESERVAS | SUPERAVIT |
|---|---|---|---|---|
| Agustín Arango Sanín & Cía S. | | | | |
| en C. Nit: 60.042.203 | 98.667 | $ 592.000 | $ 71.086 | $ 7.555.399 |
| Otros socios (8) | 1.333 | 8.000 | 960 | 102.096 |
| **Totales** | 100.000 | $ 600.000 | $ 72.046 | $ 7.657.495 |

En vista de la no respuesta al requerimiento especial No. 4037 por parte de la contribuyente, la Administración procedió a practicarle la liquidación de revisión 02069 de julio 28 de 1982 sobre una renta capitalizada de $8.790.000, pues disminuyó la diferencia patrimonial inicial en la suma de $239.087 corres-pondiente a la valorización de acciones $17.687.oo y en ganadería ($221.400.oo); de igual modo desestimó la partida de $54.418.oo por concepto de descuentos tributarios por dividendos y participaciones en sociedades por no haber dado cumplimiento al artículo 93 del Decreto 2053 de 1974.

Con motivo del recurso de reconsideración la División de Recursos Tributarios mediante Resolución No. A-001277-P de julio 5 de 1984 puntualiza que "conforme al asiento contable adjunto distinguido con el No. 14 al citado contador que se identifica con la matrícula No. 3175, hace la atestación de que la compañía recurrente tenía aportes en "Agustín Arango Sanín & Cía S. C. a diciembre 31 de 1979 la suma de $19.934.231. A su turno la sociedad en su declaración de renta por 1979 señala en la página segunda renglón 7 en valor diferente y menor esto es: $11.895.660.oo. Se está en presencia de una confusión (arts. 73, Decreto 1651 de 1961) en el sentido de que por el año gravable de 1979, la empresa omitió denunciar activos" (fls. 23 al 26); de lo anterior concluye que en modo alguno la Administración Tributaria transgredio las normas a que hace alusión el recurrente "por cuanto la valorización aducida por concepto de activos en relación con los aportes de la sociedad mencionada son inexistentes hecho que se desprende de la certificación del contador" y en consecuencia, confirma en todas sus partes la liquidación impugnada, agotándose de esta manera la vía gubernativa.

En su demanda ante el Tribunal el apoderado de la actora acusa a la Administración Tributaria de haber violado por aplicación indebida, el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 lo mismo que el artículo 91 del Decreto Reglamentario

187 de 1975 relacionados con la determinación de la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios porque a su juicio no se efectuaron los correspondientes ajustes por valorización y desvalorización nominales con respecto al aporte que ésta tiene en la sociedad Agustín Arango Sanín & Cía, S.C.; y en cuanto al "descuento tributaio por dividendos y participaciones" sostiene que en vista de que se han cumplido todos los requisitos exigidos por la ley es evidente que la Administración ha violado el artículo 93 del Decreto 2053 de 1974, por lo cual solicita se acepte el descuento por el concepto mencionado.

Al decidir la controversia el Tribunal de Instancia se refiere al comprobante de contabilidad No. 14 de diciembre 31 de 1979 allegado con motivo del recurso de reconsideración y al testimonio rendido por el señor Eduardo C. Clavijo P. para rellevar que estas pruebas son deficientes, incompletas y además carecen de mérito probatorio, particularmente el caso del testimonio, el cual no es admisible para demostrar hechos (valorización nominales) que de acuerdo con normas generales y especiales no son susceptibles de probarse por dicho medio (art. 81 Decreto 1651 de 1961). Asimismo afirma que la capitalización debe mantenerse porque la única fuente de información y prueba son los originales de las declaraciones de renta y patrimonio presentadas por la contribuyente en 1978 y 1979 que reposan en los antecedentes administrativos de los cuales se extracta lo siguiente:

*Declaración año gravable de 1978:*

Renglón 7, aportes en sociedades limitadas o asimiladas (cap. gravable, reservas y superavit) 11.223.629

*Declaración año gravable de 1979:*

Renglón 7, aportes en sociedades limitadas o asimiladas (capital graqvable, reservas y superavit) 11.895.660

De manera pues, luego de hacer algunas observaciones sobre la información suministrada el a-quo concluye que, además de ser incompletas las anteriores declaraciones de renta (año gravables de 1978 y 1979) ellas no arrojan ningún indicio (art. 248 del C. de P. C.) respecto al punto debatido (fls. 78 a 80). Y en cuanto al descuento tributario por dividendos y participación (art. 93 Decreto 2053 de 1974) se inhibió por no haberse discutido este punto en sede administrativa, es decir adujo indebido agotamiento de la vía gubernativa.

## SUSTENTACION DE LA APELACION:

Afirma el recurrente que la sentencia del Tribunal desconoce el origen de incremento patrimonial de la sociedad demandante el cual obedece a simples valorizaciones nominales, tal como aparece en el expediente. Precisa además que mientras la valorización no se realice permanece únicamente como incremento patrimonial, sin que se refleje como un ingreso o como una renta sobre la cual deba pagarse el correspondiente impuesto de renta, observando que "así es, y si el Tribunal no lo quiso ver fue por una insuficiente consideración de la prueba" (fl. 91).

Y en cuanto al descuento tributario por "dividendos y participaciones en sociedades" reitera debe reconocerse por haberse dado cumplimiento al artículo 93 del Decreto 2053 de 1974 y solicitado en el recurso de reconsideración (fls. 91 y 92).

## CONCEPTO FISCAL:

Respecto a la comparación patrimonial la Fiscalía Sexta en primer termino no observa que el valor adicionado a la actora "no obedeció a una actuación admi-nistrativa que hubiera revisado los datos declarados por la sociedad "Agustín Arango Sanín & Cía S.C." sino a una omisión en la información en que incurrió la accionante al elaborar su declaración de renta no sólo en 1979 sino en 1978", agregando lo siguiente:

> "Poseyendo la actora casi la totalidad del capital social de "AGUSTIN ARANGO SANIN Y CIA S.C." y ésta la casi totalidad del capital social de la actora, y obligadas las dos a llevar libros de contabilidad, independientemente de la información suministrada en las declaraciones de renta que no pudieron adjuntarse al proceso, ha debido acompañarse la prueba contable del movimiento que en estos ejercicios pudiera haber tenido los diferentes rubros que conforman el capital social, a fin de demostrar o bien la omisión de activos en ejercicios anteriores o que los valores repartidos correspondían a valorizaciones nominales como se afirma".
>
> "Al no mejorarse la prueba en la instancia, la Fiscalía considera que debe confirmarse la decisión del Tribunal de mantenerse la determinación de la renta por comparación patrimonial" (fls. 110 y 111).

Y en cuanto al otro punto de debate la Fiscalía precisa que no comparte la decisión del *a-quo* de declararse inhibido, por no haberse discutido lo relativo a los descuentos tributarios por participaciones y dividendos recibidos de otras sociedades en la vía gubernativa, porque "si bien es cierto que en plena vigencia de la ley 167 de 1941, la naturaleza misma del juicio de revisión de impuestos y

la limitación probatoria prescrita en el artículo 278, determinaba una limitación en relación con los hechos alegables ante la jurisdicción y las pruebas que podían aportarse, desaparecido el juicio de revisión y derogado el artículo 278, tal limitación no se encuentra vigente; a la luez de la nueva acción de restablecimiento del derecho consagrada en el Decreto 01 de 1984, la accionante puede alegar puntos nuevos, no discutidos ante la Administración" (fl. 111).

Acorde con el anterior criterio solicita entonces un pronunciamiento de fondo sobre este tema de la controversia para negarlo, pues señala que si bien la contribuyente se asimila a sociedad de responsabilidad limitada (art. 5° Decreto 2053 de 1974) las participaciones recibidas de otra sociedad asimilada también al mismo tipo de sociedad (Agustín Arango Sanín y Cía S.C.) por mandato de la ley, impide la procedencia del descuento tributario impetrado (fls. 107 al 113).

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Respecto de la difernecia patrimonial en referencia , la Sala precisa que evidentemente la adición de $7.774.590.oo obedeció fundamentalmente a una deficiente información por parte de la sociedad contribuyente, pues si bien en el renglón 7 de su declaración de renta y patrimonio de 1979 incluyó en el activo patrimonial como aportes en sociedades limitadas y asimiladas la partida de $11.895.660.oo, sin embargo en los respectivos anexos de la misma no indicó el valor correspondiente al capital social aportado en Agustín Arango Sanín y Cía S.C. Nit: 60.042.203, ni cuánto por concepto de reservas y tampoco qué parte por superavit, que sería el valor que por este último concepto disminuiría parcialmente la capitalización.

En efecto, si bien es cierto que por la nueva distribución que la Administración Tributaria efectuó a la sociedad Agustín Arango Sanín y Cía S. en C. (fls. 56 al 58) se muestra el aporte que la contribuyente tiene en la mencionada sociedad ($6.485.000.oo) equivalente al 99.872% de su capital social y un superavit del orden de $13.100.788, ésto no significa que la diferencia de $5.410.660.oo ($11.895.660 menos $6.405.000) es el superavit que justificará y disminuiría en principio, la diferencia patrimonial, pues se desconoce lo relativo a las reservas que obviamente están incluidos dentro de la partida global de $11.895.660.oo; como tampoco se podría afirmar que el superavit distribuído de $13.100.788 subsumiría parcial o totalmente la diferencia patrimonial, que a través de todo el proceso el señor apoderado de la demandante ha sostenido, obedece a valorización nominal (superavit), pero sin que indique y pruebe qué la suma exactamente corres- ponde al mencionado superavit que a título de valorización nominal se ha entendido explica y justifica un incremento patrimonial, siempre y cuando se establezca su origen y su exacto valor. En vista de que ésto último es precisamente

lo que le ha ocurrido a la actora, al no mejorarse la prueba, como lo relleva la Fiscalía habrá de mantenerse la decisión del a-quo respecto de la determinación de la renta por el sistema de comparación de patrimonio. Por tanto no prospera el cargo.

La Sala confirmará la decisión inhibitoria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acogida por mayoría, en cuanto en la demanda en la vía jurisdiccional, se incluyeron temas no discutidos en la etapa de discusión administrativa.

La Sala fija su criterio en los siguientes términos:

El juicio de Revisión de Impuestos la Ley 167 de 1941 lo regulaba en el artículo 271, así:

> ARTICULO 271: "Toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente, y se declare que no está obligado a cubrirla, o se haga una nueva liquidación, en la cual se fije la suma a su cargo".

El artículo 272 ibídem, fijaba en tres meses el término de caducidad para demandar a partir de realizada la operación administrativa de liquidación del impuesto.

La misma ley, en el artículo 71 prescribía: "para que un acto de la naturaleza de los expresados en este capítulo sea admisible en recurso jurisdiccional, es necesario que no sea susceptible del recurso en la vía gubernativa, por no haberlo establecido la ley o por haberse agotado ésta" (El capítulo a que se hace referencia, es el 7o., del Título 2o., artículos 62 a 73 de la Ley titulado "Dé la Jurisdicción contra los actos de la administración").

A su turno el artículo 80 de la citada ley, en los términos en que fue sustituído por el artículo 18 del Decreto Ley 2733 de 1959, decía: "Para todos los efectos legales a que haya lugar se entenderá agotada la vía gubernativa, cuando las providencias o actos respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo 13, o estos recursos se han decidido, ya se trate de providencias o actos definitivos, o de trámite si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto de modo que le ponga fin o hagan imponible la continuación".

> Parágrafo: Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores, se entienden negados por haber transcurrido un plazo de un (1) mes sin que recaiga decisión sobre ello".
>
> El artículo sustituído decía: "Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando, interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores,

se entienden negados, por haber transcurrido un plazo de cuatro meses sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos".

Igualmente en el artículo 82 de la citada ley se reitera el criterio relativo a la necesidad de agotar la vía gubernativa, al decir: "para ocurrir en demanda ante lo contencioso administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o providencias respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo 77, o se han decidido, ya se trate de actos o providencias definitivas o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le ponga término o hagan imposible su continuación".

La circunstancia de que la Comisión que redactó el proyecto de reforma a la Ley 167/41, hubiera eliminado el juicio de impuestos, como modalidad de la acción de restablecimiento del derecho, es seguramente la consideración fundamental para expresar que el nuevo código eliminó la obligación de agotar previamente la vía gubernativa. Ello, sinembargo, no es así. En efecto el concepto de la señora Agente del Ministerio Público, Fiscal Sexta de la Corporación, al tratar el punto relativo al desconocimiento de descuentos tributarios por participaciones y dividendos recibidos de otras sociedades, dijo: "El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para pronunciarse sobre este punto por considerar que no había sido debatido en el proceso administrativo, no habiéndose así agotado en debida forma la vía gubernativa. La Fiscalía no comparte la decisión del Tribunal.

Si bien es cierto que en plena vigencia de la Ley 167 de 1941 la naturaleza misma del juicio de revisión de impuestos y la limitación en relación con los hechos alegables ante la jurisdicción y las pruebas que podían aportarse, desaparecido el juicio de revisión y derogado el artículo 278, tal limitación no se encuentra vigente, a la luz de la nueva acción de restablecimiento del derecho consagrada en el Decreto 01 de 1984, la accionante puede alegar nuevos puntos, no discutidos ante la Administración. En consecuencia la Fiscalía solicita a la H. Sala se pronuncie sobre este punto y en orden a ello hacemos las siguientes consideraciones".

La Sala no comparte el criterio anterior, por las siguientes razones:

1. En la legislación anterior, en la Ley 167/41 la acción mediante la cual el actor perseguía la revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos, para que se declare que no estaba obligado a cubrirlo, o que se hiciera nueva liquidación en la cual se fije la suma a su cargo era, y así lo dijo el Consejo de Estado en distintas ocasiones, una acción de plena jurisdicción, con modalidades especiales como la relativa al término de caducidad, pero no por ello puede

afirmarse que no era acción de restablecimiento del derecho o privada o por oposición a la pública. Ello aparece de la redacción del artículo 271 de la Ley 167/41 que la instituía.

La distinguida colaboradora Fiscal entiende que por haberse eliminado el artículo 278 de la Ley 167 de 1941, ya no hay obligación de agotar previamente la vía gubernativa para acudir ante la jurisdicción a demandar el reconocimiento de puntos no discutidos ante la jurisdicción. Para la Sala, ello no es así. En efecto, la necesidad de debatir en sede jurisdiccional los mismos puntos debatidos en la discusión en la vía gubernativa, no surge del artículo 278 sino del artículo 271 que consagró la acción judicial,a "toda persona a quien se exija un impuesto *definitivamente* liquidado, (subraya la Sala), lo cual supone la necesidad del agotamiento de la vía gubernativa, en perfecto acuerdo con el artículo 71 ibídem que prescribía: "para que un acto de la naturaleza de los expresados en este capítulo sea admisible en recurso jurisdiccional, es necesario que no sea susceptible de recurso en la vía gubernativa, por no haberlo establecido la ley por haberse agotado ésta".

La prescripción del artículo 278 de la Ley 167 de 1941, en el sentido de que "en esta clase de juicios solo se estimarán aquellas pruebas que hubieren sido aducidas durante la actuación en la vía administrativa" es una consecuencia de la disposición del artículo 271 ibídem y no al revés, porque ese artículo permitía la estimación de pruebas en el proceso tributario, que "tengan por objeto completar o mejorar las aducidas en la actuación administrativa".

La necesidad de agotar la vía administrativa para acudir en demanda ante la jurisdicción, además de ser una exigencia de la ley anterior en el artículo 71 también lo es en la actual tanto en el artículo 135 del Decreto 01 de 1984 como en el artículo 22 del Decreto 230 de 7 de octubre de 1989 que lo modificó en los siguientes términos: "Artículo 135. Posibilidad de Demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo contra los actos particulares. "La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo".

Solo, si las "autoridades administrativas no hubieren dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actor".

Con la transcripción anterior queda despejada cualquier duda, pues la norma vigente ahora y siempre hubo una similar exige el agotamiento previo de la vía gubernativa cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo y el resta-

blecimiento del derecho conculcado por la administración, trátese o no de reclamación contra actos de liquidación de impuestos.

Además de lo anterior en el artículo 82 del Decreto 01 de 1984 al definir en lo Contencioso Administrativo está instituída para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades y de las privadas cuando cumplan funciones públicas lo que de suyo implica un proceso contradictorio. En el artículo 12 del Decreto 230 de 7 de octubre de 1989, se conserva el mismo criterio al expresar como objeto d la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que "La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas".

El aspecto que se viene tratando no solo está regulado en la legislación Nacional sino en todas las Naciones donde la jurisdicción Contenciosa Administrativa existe, considerándose como su fundamento, un elemental principio de lealtad con la administración.

La Sala en desacuerdo con el Ministerio Público en este aspecto fundamental, confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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:**

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase previa desanotación. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la Sesión de la fecha.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**VIA GUBERNATIVA** - Agotamiento/ **ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO** - (Salvamento de voto)

**No puede hablarse de una presunta deslealtad del administrado con la administración cuando plantea en la acción contenciosa aspectos nuevos a los que alegó por la vía de los recursos, máxime que la entidad administrativa conserva, para resolver éstos, competencia sobre la totalidad del acto cuestionado.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.-*

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO**

Referencia: Expediente No. 2116. Actor: Carmen Elisa Aparicio de Arango y Compañía S. en C. Apelación Sentencia.

Brevemente y con el respeto que me merecen los autorizados criterios de mis colegas de la Sección Cuarta expongo a continuación los mios, que por diferir de los que hacen la mayoría, determinaron que el proyecto del cual fuí ponente se negara.

En realidad mi disconformidad con la providencia de la Sección está referida exclusivamente al hecho de que en ella se acoge la tesis, sostenida en la sentencia apelada, de que quien acude ante la jurisdicción contencioso administrativa en acción de nulidad con restablecimiento del derecho (art. 85 Decreto 01/84) está impedido para presentar ante ella en su demanda puntos nuevos o distintos a los discutidos en la vía de los recursos gubernativos.

En el caso de autos, el Tribunal se inhibió para fallar sobre pretensiones de la demanda que no se habían discutido en los recursos ejercitados por la actora ante la Administración Tributaria.

En el momento actual de la legislación considero que no es dable al juez administrativo aplicar interpretaciones que seguramente tuvieron respaldo legislativo en la época en que regía la Ley 167 de 1941, con la existencia de la acción especial de revisión de impuestos, pero que hoy carecen por entero de asidero legal cuando dicha acción ha desaparecido y se encuentra subsumida en la acción genérica consagrada en el artículo 85 del C.C.A.

En mi opinión pues, la vía gubernativa se agota desde este punto de vista, de manera plena y completa respecto de los actos administrativos objeto de recursos, cuando el administrativo hace uso de ellos, sin que pueda hablarse de agotamiento total o parcial, según el ámbito de las cuestiones que se controvierten ante la Administración.

De otra parte, estimo que no es lógico que, siendo el procedimiento gubernativo una tramitación que puede adelantarse directamente por el interesado, sin la participación o el concurso de un abogado, jurisprudencialmente se le exija a ese administrado en la interposición de sus recursos, que fije o establezca los límites de su derecho de acción que necesariamente debe ser ejercitado por intermedio de otras personas (abogados) y ante otras autoridades (jueces).

No puede convenir, entonces que por vía de doctrina, a mi juicio equivocado, se restrinja el derecho de acción sencillamente porque quien interpone los recursos administrativos carece de la capacidad técnica-jurídica para establecer desde entonces los reales términos de sus futuras pretensiones.

Finalmente considero que no puede hablarse como lo hace la providencia de la que disiento, de una presunta deslealtad del administrado con la administración cuando plantea en la acción contenciosa aspectos nuevos a los que alegó por la vía de los recursos, máxime que la entidad administrativa conserva, para resolver éstos, competencia sobre la totalidad del acto cuestionado.

*Guillermo Chahín Lizcano.*

Fecha ut supra.

## PERENCION DEL PROCESO

**La falta de actividad en el proceso es determinante de perención, sanción que se aplica en los términos del art. 148 del C.C.A., cuando por causa distinta al Decreto de suspensión del proceso y por falta de impulso cuando corresponde al demandante, permanezca en la Secretaría durante la primera o única instancia, por seis meses. Sólo es posible decretarla una vez iniciado el proceso. No habiéndose notificado la admisión de la demanda no hay aún proceso y por ende no es procedente decretar la perención.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., marzo nueve (9) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2212. Actor: COMERCIAL URANO LTDA y CIA S.C.A. Apelación Interlocutorios. –AUTO–

La sociedad comercial Urano Ltda y Cía S.C.A. por medio de apoderado interpone recurso de apelación contra el auto de fecha abril 18 de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual dispuso decretar la perención del proceso.

La citada sociedad formuló demanda ante la jurisdicción contenciosa, en acción de restablecimiento del derecho, para que se declararan nulas la liquidación de revisión No. 00411 de fecha 10 de septiembre de 1985 y la Resolución No. 0086 del 23 de febrero de 1987, por medio de las cuales la oficina de Impuestos Nacionales de Bogotá, determinó el gravamen sobre la renta y complementarios a su cargo, por el período fiscal de 1982.

Por auto de fecha 3 de agosto de 1987, se admitió la demanda y dispuso correr traslado personal de la misma al Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

El 26 de febrero de 1988, el señor Secretario de la Sección Segunda del Tribunal, da cuenta que hasta la fecha no había sido cancelado el valor de la notificación personal ordenada en la anterior providencia.

Consecuente con la información suministrada la Corporación dictó la perención del proceso, habida consideración de que el mismo había permanecido en la Secretaría hasta el 26 de febrero de 1988, esto es, mas de seis meses sin que el demandante le hubiere dado impulso. Se fundamentó el *a-quo* en el no pago de la notificación personal que debía hacerse al Subdirecctor Jurídico de la Dirección General de Impuestos.

Contra esta decisión el actor interpone recurso de apelación que sustentó dentro de la oportunidad legal. Cita a su favor jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de esta Corporación de fecha 28 de noviembre de 1986 y 22 de julio de 1988. Argumenta además que el pago de la notificación correspondía hacerlo si la notificación implicara erogación para el notificador lo que no se da en el caso en cuestión en razón a la distancia que hay entre el Tribunal y la Oficina de Impuestos.

## CONSIDERACIONES:

La relación jurídico-procesal se traba en la fecha en que se notifica la admisión de la demanda a las partes que intervienen en la contienda, de manera tal que previamente a dicha actuación no existe jurídicamente proceso.

La falta de actividad en el proceso es determinante de perención, sanción que se aplica en los términos del artículo 148 del C.C.A., cuando "por causa distinta al decreto de suspensión del proceso y por falta de impulso cuando corresponde al demandante, permanezca en la Secretaría durante la primera o única instancia, por seis meses. El término se contará desde la notificación del último auto o desde el día de la práctica de la última diligencia o desde la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público.

Así las cosas, la sanción se tipifica cuando ocurren los siguientes hechos:

1. Que exista el proceso.

2. Que éste permanezca en la Secretaría del Tribunal por seis meses o más, sin quien tenga la carga de efectuar el impulso lo haga.

3. Que la inactividad no sea consecuencia de un decreto de suspensión o de interrupción del proceso.

En el caso de análisis, no se ha abonado el importe que origina la notificación personal de la demanda al Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales, representante de la parte demandada, por ende no se ha trabado la relación jurídico- procesal, esto es, no existe proceso motivo por el cual no es procedente la perención. (En esta forma se ratifica lo dicho, entre otros en autos 0095 del 7 de noviembre /86 Financol Ltda. y 1451 del 28 de noviembre/86 Laboratorios Undra; ponente: Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque).

Por lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

**RESUELVE:**

REVOCASE el auto de abril 18 de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual decretó la perención del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la sociedad "COMERCIAL URANO LTDA y CIA S.C.A.", por los impuestos correspondientes al año fiscal de 1982 y en su lugar, dispone que el citado Tribunal continúe con la actuación procesal correspondiente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ DEDUCCIONES** - Desconocimiento

**Descartado el extremo hipotético de que, por simple denominación, o suma, el pago de una determinada "prima" adquiera las características de la prestación supuestamente incrementada, con mayor razón ocurre respecto de la prima de vacaciones discutida, máxime si dicha prima es retribución de servicios y, como tal, mediando la obligatoriedad y habitualidad de su pago, es factor salarial que debe servir de base para la liquidación de los aportes en controversia. (Ejercicio fiscal de 1977).**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, marzo nueve (9) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2089. Apelación sentencia diciembre 19 de 1987 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos por el año gravable de 1977. Actor: CRECER S.A. FALLO.

Se conoce, de la apelación intentada en término, mediante apoderado, por la Sociedad CRECER S.A., la demandante, contra la sentencia de 19 de diciembre de 1987, adversa íntegramente a las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio especial de revisión promovido contra actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta, del ejercicio fiscal de 1977.

Los mencionados actos, a saber, la liquidación de revisión No. 101004 de 31 de julio de 1980 y las resoluciones números 1111 de 1o., de octubre de 1981

y 1334 de 24 de junio de 1982, 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.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

## ANTECEDENTES:

Por requerimiento especial No. 330 de 16 de abril de 1980, precedido, a su vez, del requerimiento ordinario No. 68 de 4 de marzo del mismo año, la Sección de Auditoría Interna de la antecitada Administración, había propuesto el desconocimiento de una fracción de los salarios solicitados como deducción, en cifra que el funcionario auditor estableció en $1.703.497, con apoyo en los artículos 3o y 12 de la Ley 56 de 1973, 127 del Código Sustantivo de Trabajo y Seguridad Social, parágrafo, del Decreto 2053 de 1974, por estimar insuficiente el valor comprobado de los aportes patronales al SENA.

En la liquidación oficial se materializó el proyectado rechazo, habiéndose aducido los mismos motivos de orden legal y afirmado, ser constitutivas de salario, la "prima de vacaciones" y las "primas extralegales" informadas por la contribuyente.

Por su parte, la oficina seccional de recursos dijo, en lo esencial, al denegar la reconsideración impetrada por aquella, en materia de tales prestaciones:

a) Que de las "legales" no eran exigibles particulares requisitos de admisibilidad, al paso que, de las "extralegales", por no estar precedidas de mera liberalidad y participar, en cambio, de la habitualidad del salario, se pregonaban los caracteres de éste, conforme al propio artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, citado por la reclamante, donde la acepción de "salario" incluiría, entre otros pagos, independientemente de la denominación que se les diera, las llamadas "primas".

Y que no era exacto que la circular 10 de 20 de abril de 1976, de la Dirección General impositiva y el SENA, citada en el recurso, hubiera suprimido, de la noción de salario, las primas extralegales y de vacaciones, sino, al contrario, reafirmando la compresión de éstas en dicha noción, ya que la circular había empleado la misma locución genérica, "primas", del artículo 127, y la de "salarios" del artículo 12 de la Ley 56 de 1973. Ni que el incremento prestacional, por encima del mínimo previsto en el artículo 13 del ordenamiento laboral,

conservara "status" de legal, sino que debía tenerse por prestación extralegal configurativa de salario, a voces del artículo 127, toda vez que solo en eventos de ocasionalidad y mera liberalidad, se podría decir "legal" tal incremento, por permisión de la misma ley.

Las anteriores afirmaciones, se respaldaban en el artículo 16 ib., que consagra, "la posibilidad de que las prestaciones establecidas por una ley sean aumentadas por otra ley. Es decir, la prestación legal deducible sin aportar al SENA (...), se incrementará en la forma prevista por la nueva ley. La prestación por encima del mínimo legal consagrado en el Código que se pague expontáneamente (sic), que se pacte en una conveción (sic), o que resulte de un fallo arbitral, será prestación legal si equivale a la consagrada en la nueva ley...".

Y también por los artículos 307 y 308 ib., invocados por la recurrente, supuesto que lo que dice, el primero, es que la prima legal no es salario, y, por tanto, sí lo sería lo que sobrepasara del mínimo legal; y, el segundo, que las primas anuales o de navidad que deban pagarse, por pacto, convención, fallo arbitral o reglamento de trabajo, se imputan al pago de prima de servicios, siempre que ésta sea menor, pues, de no serlo, el pago que se hiciera dejaría de ser prestación legal deducible, para convertirse en salario sometido al aporte parafiscal discutido.

Por consiguiente, que estando prevenido en los artículos 467 y 468 ib., el ajuste, por mutuo consenso de patrón y los trabajadores, del mínimo de derechos y garantías, sin que ello implicara que el aumento debiera considerarse como prestación "legal", no procedía la imputación, a "prima de servicios", de lo pagado por la contribuyente como "prima extralegal", solo porque ésta figurara en convención colectiva y en el reglamento.

b) Que los apartes de las sentencias de la Corte y el Consejo de Estado en la materia, igualmente citados en la reclamación, no harían sino poner de relieve la distinción entre prestaciones legales y extralegales, donde aquellas referirían el mínimo de derechos y garantías del trabajador, de carácter irrenunciable, y éstas, lo que excediera del mínimo dicho, como producto de un pacto laboral, renunciable. Fuera de que, en los pronunciamientos de esta última Corporación, se habría eximido a la actora en el proceso de los aportes al SENA, no por el hecho de que la prestación allí discutida fuese extralegal, sino porque la misma era "ocasional", que es lo que la reclamante no demostró, en el caso de que ahora se trata, a pesar de sus alusiones a la voluntariedad y liberalidad del pago en controversia.

c) En lo concerniente a las prestaciones extralegales "exentas", que serían aplicables a éstas los mismos principios enunciados de las extralegales comunes,

por razones de equidad, no estando demostrada, así, la alegada transgresión de los artículos 45 y 72 del Decreto 2053 de 1974.

La anterior providencia fue aprobada, íntegramente, por la División de Recursos Tributarios de la Subdirección jurídica.

## LA DEMANDA:

En apartes preliminares del libelo, el señor apoderado de la accionante enfatiza en el hecho de que, con arreglo al parágrafo del artículo 72 del Decreto 2053 de 1974, aquella hubiera separado y discriminado, en la corrección de su declaración, el "mínimo legal, del "aumento efectuado a éste", respecto de la prima de servicio y las vacaciones, en forma que denominó "prima legal", al mínimo de aquella contemplado en el artículo 306 del Código del Trabajo, y "prima extralegal", al incremento de la misma; "vacaciones", al mínimo legal de éstas, y "prima de vacaciones", a su aumento.

Referente a la última, sostiene que se trata de "una extensión de la prestación 'vacaciones'", porque de no haber derecho a éstas, no nace el derecho a su incremento; y que, según declaración, habiéndose causado "vacaciones" por $613.820, consecuencialmente se causó, asímismo, "prima de vacaciones" por $876.653.50.

Dice acompañar a la demanda, constancia de autoridad laboral competente, relativa a que solo el 18 de septiembre de 1981 suscribió la actora pacto colectivo con sus trabajadores, que demostraría la liberalidad y espontaneidad con que se concedieron los aumentos de la prima legal de servicio y las vacaciones.

E indica quebrantadas las siguientes normas:

1. El artículo 12 de la Ley 56 de 1973, en conexión con los artículos 5° de la Ley 58 de 1963 y 7° y 9° del Decreto 118 de 1957, de cuyo texto cabría resaltar, que la base para el cálculo de los aportes al SENA y al subsidio familiar, estaría conformada por, (a) "lo pagado por concepto de salarios, esto es, lo efectivamente pagado, mas no lo causado o exigible"; y (b) todas las demás formas de retribución ahí descritas.

Igualmente, que tal normatividad no es de orden fiscal, sino social, que amplía los alcances del Código de Trabajo, por lo cual la noción de "Salario" se debe atener exclusivamente a éste, no siendo admisible que, como se sostiene en las resoluciones del recurso gubernativo, la legislación tributaria restrinja a la del trabajo, menos si en el Decreto 2053 de 1974 y estatutos posteriores, no hay "normas especiales que limiten cuantitativamente el costo o deducción a que

tienen derecho los patronos por haber pagado los salarios y por prestaciones sociales...".

Desde otro punto de vista, que el reseñado artículo 12 de la Ley 56 prescribe, "enfáticamente", como base de los cuestionados aportes, exclusivamente los factores constitutivos de salario, con exclusión de las prestaciones sociales y su aumento; y que, contrario a lo expuesto por los funcionarios de recursos, tales prestaciones y sus incrementos, por disposición expresa "del artículo 46 (sic) del decreto 2053 de 1974", son costos o deducciones para el patrono, sin ningún límite, esto es, no sujetos a las costricciones que, para el reconocimiento de prestaciones sociales "exentas" de los trabajadores, se imponen a éstos en las normas pertinentes.

Por lo demás, el memorialista insiste en que la legislación laboral es "especializada" y prefiere a la fiscal en lo que toca con definiciones y conceptos.

2. La circular 10 de 1976, porque, en su entender, ésta excluyó, de la base de liquidación de los aportes de que se trata, "los incrementos al mínimo prestacional" de la codificación laboral, pues no los mencionó.

3. Los artículos 13, 16, 22, 127, 128, 129, 186, 306, 307, 308, 467, 472, 481 y 482, del Código Sustantivo del Trabajo.

A partir de los supuestos de que en la instancia gubernativa se hubiera admitido la clasificación de las prestaciones sociales, en "legales" y "extralegales", y de que el ordenamiento del trabajo otorgue, "a la prestación social una naturaleza jurídica totalmente opuesta al carácter jurídico que le da al salario", el libelista cree haber obtenido el reconocimiento de su tesis, "aunque el resultado no mantenga armonía con la exposición", en el sentido de que las prestaciones sociales extralegales, no son constitutivas de salario y no pueden participar de ambas calidades, simultáneamente.

Por otro aspecto, niega que dichas prestaciones estén condicionadas por la ocasionalidad y liberalidad que se les atribuyen en las resoluciones demandadas, pues ello iría en contravía del Código del Trabajo, de cuyos preceptos fluiría que la categoría de prestación social que en los mismos se atribuye al incremento, carece de causa distinta del hecho mismo de que se aumente la prestación mínima legal, "porque se confunde con ella e integra un solo cuerpo", según lo habría precisado la Corte, cuando dijo que, "la división entre prestaciones legales y extralegales tiene importancia desde el punto de vista de su origen para los efectos de la irrenunciabilidad del mínimo de derechos y garantías consagradas por la ley en favor de los trabajadores...".

Y también que, "... lo resuelto en laudos arbitrales o en convenciones colectivas sustituye de derecho lo estipulado en los contratos individuales de trabajo y las obligaciones y derechos que de ellas surgen son de la misma categoría de las obligaciones y derechos mínimos señalados en las leyes laborales...".

Y de igual manera, el fallo del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia de primer grado del Tribunal Administrativo del Atlántico, cuando puntualizó que las prestaciones extralegales eran deducibles, conforme al Decreto 2053 de 1974.

Deriva, pues, como cuestión "indescartable", que el artículo 127 del Código del Trabajo, no refiere la prima de servicios, ni el mayor valor pagado arriba del mínimo legal previsto en el artículo 306 ib., y que ni la ley laboral ni la tributaria se oponen a que el patrono pague voluntariamente, o por acuerdo con sus trabajadores, sumas que excedan del mínimo legal de las primas de servicios y de vacaciones.

Más adelante, en aras "de la debida correspondencia y armonía jurídica" de las disposiciones laborales, afirma que si el artículo 127 y los títulos VIII y IX del Código definen, en su orden, el salario y las prestaciones sociales, lo serán también, en lógica, por el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, los valores que, respectivamente, incrementan aquellos.

Seguidamente, hace un "relato" sobre las normas y la jurisprudencia, "que ordenan que el valor que aumenta las prestaciones sociales, constituyen (sic) prestación social", a cuyo efecto transcribe, primero, el artículo 30 del Código Civil, para destacar que el artículo 127 del estatuto laboral no podía interpretarse aisladamente, y luego, las disposiciones del Código de Trabajo que, a su vez, "relevan (sic) el sentido y el espíritu del citado artículo 127", a saber:

El artículo 22, que define el contrato de trabajo, y que se concebiría mejor como "conjunto de derechos y obligaciones que derivan, para trabajadores y patronos, del simple hecho de la prestación del servicio", en la versión del profesor Mario de la cueva, que habría sido acogida universalmente, y por virtud de la cual, si es obligación patronal el pago de prima de servicios y vacaciones, "es prima de servicios y vacaciones por voluntad de la norma", lo que exceda del mínimo de tal obligación.

El artículo 13, consagratorio del mínimo de derechos y garantías del trabajador, motivo de definición jurisprudencial en corte de casación de 9 de abril de 1959, que habría proscrito hipótesis como las planteadas en las resoluciones administrativas atacadas, según las cuales, lo pagado por encima del mínimo legal sería salario.

El artículo 128, relativo a los pagos no constitutivos de salario, que incluye las prestaciones "de que tratan los títulos VIII y IX", sin distinguir la especie de las mismas, por lo cual se dirían comprendidas las extralegales, o sea, las que aumentan el mínimo legal y conservan la categoría de las incrementadas, según los fallos de la Corte, de 18 de mayo de 1972, 23 de julio de 1976, 12 de noviembre de 1974 y 31 de octubre de 1975.

Los artículos 307, 308, 346, 347 y 481, con referencia a los cuales se habría dicho, asímismo, en casación de 1o., de febrero de 1973, que, sobre el mínimo legal de derechos y garantías, el trabajador puede alcanzar privilegios remuneratorios superiores o diferentes de aquellos entre otros medios, por voluntad del patrono.

A continuación, transcribe un concepto, "calendado en 1980", emitido por la Subdirección Jurídica y que dice ignorado por ésta, en la aquí impugnada resolución de la consulta, referente a la "prima de vacaciones del sector público, de recreación legal", de la cual se habría proclamado la exención del impuesto de renta, por no ser salario, sino "prestación social mínima", provenir de la prestación "vacaciones" y ser de la misma especie de ésta, con idénticos beneficios fiscales, teniendo en cuenta que "lo accesorio sigue a lo principal, de tal manera que no existiría prima si no hay vacaciones"; haberse creado con posterioridad al Decreto 2053 de 1974, punto en el que éste habría sido adicionado; y encontrar apoyo en el artículo 346 del Codigó Sustantivo del Trabajo, según el cual, lo recibido por concepto de prestaciones sociales, es exento de todo impuesto para el trabajador.

Al decir del libelista, los controvertidos incrementos, por concepto de vacaciones y prima de servicios, efectuados por la sociedad, se encontrarían en situación idéntica a la de la prima de vacaciones del sector público reseñada en el concepto oficial, por encajar "dentro de una sola y única razón de derecho", surgiendo así, manifiesta, la contradicción entre las razones expuestas por la Dirección General de Impuestos al desatar el grado de jurisdicción y lo postulado en el concepto, toda vez que mientras allí dice que los aumentos de las prestaciones sociales son salario, acá sostiene lo contrario, o sea, "que son prestación social".

Cita, igualmente, el concepto No. 47 de 4 de octubre de 1972, de la misma Dirección General, donde se habría expresado que lo recibido por vacaciones, no es retribución por servicios, pues, "corresponde a un período de descanso, en el cual no se presta servicio al empleador...".

4. Los artículos 42, 45, 55 y 72 del Decreto 2053 de 1974, en relación con el argumento de los funcionarios de recursos, según el cual, desde el punto de vista del ordenamiento tributario, en lo atinente a la institución de la exención,

únicamente sería prestación social ajena a la noción de salario, el mínimo que se obliga a pagar al patrono, pues, el exceso, "automática y fiscalmente incrementa el concepto fiscal de salario".

A esto replica el libelista que, por un lado, los artículos 45 y 55 indicados, no contemplan limitación cuantitativa alguna, relativa a la deducibilidad de los aumentos prestacionales controvertidos, la prima de vacaciones y la prima extralegal de servicios; y, por otro, lo que ha pretendido la contribuyente no es el reconocimiento de exenciones, sino el de unas deducciones de aceptación forzosa, contrario a los precitados artículos, en los que, por lo demás, no se dice que aquellas por corresponder a incrementos del mínimo legal, constituyan salario.

Finalmente, que no es cierto que en el parágrafo del artículo 72 ib., se atribuya el carácter de salario a los pagos efectuados por encima del mínimo legal, como lo pretenden las autoridades de impuestos, cuando, en realidad, lo que allí se dice, no hace sino confirmar que el incremento es prestación social, pero limitada, para efectos de la exención, a ese mínimo, entre otras razones, porque, en su sentir, solo el ordenamiento laboral define el salario.

En la demanda se pidió la práctica de una inspección judicial, en materia contable.

## LA SENTENCIA APELADA:

Delimitada, la cuestión de litis, a dirimir si el pago que la demandante hizo de las desestimadas "primas extralegales" por $1.703.494 era, o no, constitutivo de salario, la Sala de decisión manifiesta, en primer lugar, estar de acuerdo con aquella, en que los artículos 12 de la Ley 56 de 1973 y 5° de la Ley 58 de 1963 fijan, en efecto, lo pagado por salarios, como base para la aplicación del porcentaje de los aportes al subsidio familiar y al SENA, cuya regulación pertenecería a una "legislación social especializada", no consultada, sin embargo, por el ordenamiento tributario, sino como medio de constreñir al patrono al pago de tales aportes; y en que, ciertamente, la noción de "salario", para el efecto debatido, debe estar exclusivamente a los presupuestos de aquella contemplados, específicamente, en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Y, en segundo término, que dado el principio general consagrado en dicho artículo, no cabe duda de que "las primas legales que se discuten, cualquiera que sea la 'denominación que se les de', constituyen salario...".

Seguidamente, cita y transcribe y dice compartir íntegramente, apartes de la sentencia de esta Corporación, proferida el 18 de junio de 1984, en la cual, tras somera recapitulación de las disposiciones que crearon el subsidio familiar

y el SENA, fijaron por base del respectivo aparte "la nómina mensual de salarios" y definieron y concretaron los componentes de ésta, se habrían subrayado el carácter meramente enunciativo de la alusión a las probables modalidades de retribución del servicio y el decisivo interés del concepto de "salario" allí mencionado, como limitante de la base del aporte patronal, necesariamente condicionado a las precisiones de los artículos 127 y 128 del estatuto laboral, y concluído, conforme a éstos:

"... que las primas habituales, por oposición a las ocasionales, constituyen salario, y que las prestaciones sociales no son salario.

"Ahora bien, ¿las primas extralegales pactadas en la convención colectiva de trabajo son ocasionales? No; su origen o causa, así como su convenio, implican habitualidad y obligatoriedad para el patrono desde el momento mismo en que los trabajadores pueden hacerlas exigibles, precisamente por hallarse pactadas.

"Es decir, ni son ocasionales ni obedecen a mera liberalidad del patrono ...".

Sobre la transcripción parcial precedente, el a-quo reitera que, "sin recurrir a largas elucubraciones", del simple texto escrito de los artículos 127 y 128 del Código del Trabajo, se deduce que las primas extralegales, "llámense como se llamen", no siendo ocasionales ni de mera liberalidad, se reputan salario, índole que la actora le reconocería a las discutidas, pues admite que son convencionales y, por ende, obligatorias.

Por lo que hace a la presunta infracción de la circular 10 de 1976, anota que el hecho de que ésta no incluya, en la base de liquidación de los aportes, pagos legalmente constitutivos de salario, no implica que los mismos dejen de serlo, a más de que un simple concepto no podría "modificar lo estatuído claramente en la ley".

Y en cuanto concierne al alegado quebrantamiento de los artículos 13, 16, 22, 127, 128, 186, 306, 308, 467, 472, 481 y 482 del Código del Trabajo, luego de copiar, en 15 páginas, los pertinentes párrafos de la demanda, afirma que los fallos parcialmente reproducidos en ésta, no se contraen al asunto en controversia en el presente juicio.

Además, que "nadie discute que las prestaciones pueden ser legales o extralegales y que mediante éstas se puede incrementar aquella, lo cual no significa que sean o no salario"; que no se trata de saber si los cuestionados pagos eran, o no, prestaciones sociales, circunstancia no relevante en la ley para la determinación de la base de los aportes, sino de dilucidar si tales pagos tenían, o no, la condición de salarios.

Y que, dado que las partes no desconocen que esos pagos fueron prestaciones extralegales habituales, los mismos enmarcan en la noción de salarios del artículo 127 del Código, a título de retribución fija por servicios prestados, así aparezcan rotulados como "prima extralegal" y "prima de vacaciones".

Aparte de que dicho artículo 127 contendría "un principio o criterio general sobre los ingresos que constituyen salario, sin perjuicio de que por su naturaleza sean o no prestación social", solo excepcionado por disposiciones como las de los artículos 128 y 307 ib., y 16 del Decreto 118 de 1957, que refieren ciertas cantidades recibidas del patrono ocasionalmente, o por mera liberalidad de aquél, "sin perjuicio de que constituyan o no prestaciones sociales".

Y respecto de las prestaciones sociales extralegales, o pactadas arriba del mínimo legal, que "ninguna disposición las incluye ni las excluye expresamente de la noción de salario consagrada en el artículo 127 ibídem".

A continuación, para terminar, transcribe apartes de lo dicho por la Corte, en casación de 16 de septiembre de 1958, según la cual, de acuerdo con los artículos 127 y 128 ib., serían tres los elementos de la naturaleza salarial de los dineros o especies recibidos del patrono.

La índole retributiva y onerosa de éstos, por ser de la esencia del salario que correspondan a la prestación de un servicio, cualquiera que sea la denominación que se les de, según el artículo 127.

El carácter de "no gratuidad o liberalidad" de los mismos, por oposición a los ocasionales o de mera liberalidad, que no son salarios, según el artículo 128.

Y su condición de "ingreso personal", susceptible de incrementar o enriquecer el patrimonio del trabajador, en cuyo caso, no serían salarios, las sumas percibidas, ";para desempeñar a cabalidad (las) funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elemento de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales...".

Desvirtuaríase, así, a juicio del a-quo, el reiterado argumento de la demandante, de que los incrementos a las prestaciones sociales son de la naturaleza de éstas y no constituyen salario.

## EL RECURSO DE APELACION:

El recurso contencioso, viene fundado, en síntesis, en las siguientes preposiciones:

a) En estricto derecho, los incrementos a las prestaciones legales, son prestaciones sociales, que no participan de la índole del salario, por el principio de la homogeneidad. Se trata de conceptos diversos y opuestos en sus efectos. De otro lado, el salario no es prestación social.

Sobre el particular, se citan apartes de la sentencia de esta Sección del 14 de septiembre de 1984.

b) La definición acerca de si los pagos discutidos son, o no, prestaciones sociales, es decisiva, porque éstas no se incluyen en la base para liquidar los aportes de que se trata.

c) La prima de vacaciones no es salario, por no ser retribución de servicios, según la sentencia de la Corte de 6 de mayo de 1985, transcrita en parte.

d) El aumento prestacional, es prestación social, como se desprende del artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 16 ib.

e) No es cierto que el Código no contenga disposiciones que excluyan expresamente, de la noción de salario, los incrementos del mínimo legal de las prestaciones sociales, según se deduce de los artículos 307 y 308 ib., en consonancia con el artículo 467 iv., que autoriza el aumento de las prestaciones mínimas, con sujeción al artículo 13 ib.

En su alegato de conclusión, la actora repite algunos de los puntos esenciales de la demanda y el recurso.

Por su lado, la parte opositora, con fundamento en que las restricciones del parágrafo del artículo 72 del Decreto 2053 de 1974, no solamente se predican de la admisibilidad de las exenciones, sino de la naturaleza de los costos y gastos deducibles, discrepa de los argumentos de la actora y encuentra acertados los planteamientos del *a-quo*, principalmente en lo concerniente a la diferencia existente entre los "aspectos" laboral y fiscal de los pagos en discusión.

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

Asumiendo que, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 56 de 1973, la base de liquidación de los aportes objeto de la controversia, es lo pagado por salarios, con el agregado de otros pagos de "enumeración no taxativa" en tal norma, y que la definición de "salario" se debe consultar en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, la Fiscalía llega a estas conclusiones.

a) El salario está integrado por dos elementos: la remuneración fija y ordinaria pagada al trabajador periódicamente; y la retribución que la doctrina llama

"extraordinaria", consistente en aumentos de la remuneración ordinaria, cuyo origen es el contrato o la convención colectiva. Por el contrario, no constituiría salario, lo pagado ocasionalmente y por mera liberalidad, "y lo que no tenga carácter remuneratorio o sea prestación social legal".

b) La prima legal de servicios, según los artículos 128 y 306 del citado estatuto laboral, no es salario, ni se debe computar como factor de tal, en ningún caso, y, por ello, no hace parte de la base para liquidar los aportes en cuestión.

Con todo, no cabría decir lo mismo del incremento de la prima legal, porque lo que en el artículo 306 ib., se tiene por "prestación especial", es la prima anual de un mes o quince días de salario, según el caso, "diferente a cualquier otra prima anual, convencional o reglamentaria, hasta el punto que el artículo 308 ib., señala què éstas pueden imputarse a la legal, pero que si la legal es mayor, debe pagarse el complemento".

Vale decir, que tal incremento es prestación extralegal, distinta de la del artículo 128 ib., y no comprendida en la prohibición del artículo 307, cualquiera que sea su denominación, que, en cambio, es retribución extraordinaria y onerosa, pagada en forma habitual y obligatoria y, por ende, constitutiva de salario, conforme a los artículos 127 y 128 ib.

c) La prima de vacaciones es, asímismo, extralegal, pagada de modo habitual y obligatorio, según se verificó a través del experticio practicado en la primera instancia, y consiguientemente, forma parte de la base de liquidación de los aportes al SENA.

La vista de fondo de la fiscalía cita, finalmente, la sentencia de la Corte, de 22 de marzo de 1988, que habría dicho contrarias al texto del artículo 127 ib., interpretaciones que no se circunscribieran a la clara disposición de que "*las primas habituales sin excepción (incluída naturalmente la de vacaciones) son típicos elementos integrantes de salario*. De otra parte, es errado pensar que una prima vacacional no implique retribución de servicios, siendo que para tener derecho a ella es presupuesto indispensable haber laborado el tiempo necesario para generar las respectivas vacaciones. *La prima que no es factor salarial es la legal de servicios*, según lo dispuesto por el artículo 307 del C.S.T., *pero ella no es la prima de vacaciones que sí es factor de salario...*" (paréntesis y subrayas en el texto del concepto del Ministerio Público).

Y también, la sentencia del Consejo de Estado, de 1o., de febrero de 1979, con ponencia del señor Consejero Bernardo Ortíz Amaya, que, con referencia a la prima en cuestión, teniéndola por originada en una convención colectiva de trabajo, expresó que, "*por su obligatoriedad, tiene que considerarse como parte*

*del salario* y por lo tanto computable para el cálculo de las cuotas patronales correspondientes..." (subrayas en el texto del mismo concepto).

Estima, en conclusión, la señora Fiscal Sexta de esta Corporación que la sentencia apelada debe ser confirmada.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. *Sobre la "prima extralegal de servicios".*

En el sistema de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo, el salario se caracteriza como retribución del factor productivo trabajo, sin particular énfasis en la denominación de sus componentes, sí con expresa exclusión de pagos ocasionales o de mera liberalidad, o que impliquen "prestaciones sociales" de las señaladas en los títulos VIII y IX ib., que, en último análisis, son modalidades de remuneración "indirecta".

Ahora bien, es cierto que la prima anual de servicios no es salario, ni se debe computar por tal para ningún efecto, porque así se prescribe explícitamente en los artículos 128 y 306 ib., dada la índole de prestación social de la misma, pero no lo es que el pago denominado "prima extralegal de servicios" debe tenerse como "extensión" o simple incremento de aquella, pues, como acertadamente lo advierte la señora Fiscal Sexta, dicho pago desnaturalizaría elementos esenciales de la que pretendiera acrecer, relacionados, principalmente, con los requisitos de reconocimiento o admisibilidad, sistemas de cálculo, importe y ajustes de ésta, previstos en los artículos 306 y 308 ib., de donde, evidentemente, la llamada "prima extralegal" no adquiriría los caracteres propios de la "legal", ni la homogeneidad que le atribuye la actora para que la suma resultara perfecta.

Por el contrario, no siendo legal el origen del pago en discusión, sino fruto del pacto, la convención colectiva o el reglamento, con fisonomía de oneroso, habitual y obligatorio, dista, obviamente, de ser ocasional y de mera liberalidad, o de observar los distintivos propios de la prestación social mínima, como no sea por la denominación que se le dió, para considerarse como salario.

Del hecho de que las prestaciones mínimas sean susceptibles de incremento, no se deriva que éste siga la condición de aquellas, salvo en el evento, conforme al artículo 16 ib., que la prestación creada por una ley nueva fuera "más favorable al trabajador", que la ya reconocida de antiguo, en forma espontánea, o por convención o fallo arbitral.

Debe, pues, confirmarse en este punto la sentencia apelada.

2. *Sobre la "prima de vacaciones".*

Descartado el extremo hipotético de que, por simple denominación, o suma, el pago de una determinada "prima" adquiera las características de la prestación supuestamente incrementada, lo dicho en párrafos anteriores es aplicable a la prima de vacaciones discutida, con mayor razón si, como se define con indudable acierto en el fallo de la Corte Suprema de Justicia citado por la señora Fiscal Sexta, dicha prima es retribución de servicios y, como tal, mediando la obligatoriedad y habitualidad de su pago, factor salarial que debe servir de base para la liquidación de los aportes en controversia.

En este aspecto, tampoco está llamado a prosperar el recurso.

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.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**JURISDICCION COACTIVA** - Funcionario Ejecutor

**El artículo 11 del D. 2304 de 1989 vino a resolver la duda o controversia planteada sobre el tema, en el sentido de que los representantes legales de entidades como las Empresas Públicas de Medellín, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos mediante el procedimiento ejecutivo prescrito por el C.P.C., los créditos exigidos a favor de las mencionadas entidades (se refiere a las descentralizadas).**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., marzo dieciseis (16) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2196. Actor: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN C/ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA. Jurisdicción Coactiva –AUTO–

Dentro de la oportunidad legal el señor apoderado de la Compañía aseguradora ejecutada, solicita sea aclarada y adicionada la sentencia proferida en este proceso el 27 de noviembre de 1989.

Sostiene el señor apoderado que el memorial contentivo de excepciones planteó las siguientes:

a) Inconstitucionalidad y prevalencia de las leyes.

b) Nulidad por incompetencia.

Y que además, planteó la existencia de dos procesos en el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Sin embargo la Sala al decidir solamente se refirió a la nulidad por incompetencia , dejando de resolver sobre los demás extremos de las peticiones por lo cual se ha incurrido en transgresión de los artículos 170 del C.C.A., y 303 a 305 del C.P.C.

Estima el señor apoderado que de haberse estudiado la primera de las excepciones propuestas, no se habría llegado a la conclusión de que el artículo 11 del Decreto 2304/89 es de caracter "interpretativo" como lo sostuvo la sentencia.

Pero además, si así se considera, también resulta inconstitucional este decreto puesto que la de interpretar las leyes es atribución exclusiva del Congreso (art. 76-1 C.N.) y no fue atribuida al Presidente en la ley de facultades extraordinarias (Ley 30/87) por lo que el Consejo debe dejar de aplicarlo con base en el artículo 215 de la Constitución. (Para ampliar la ilustración de este tema acompaña copia de la demanda elevada a la Corte Suprema de Justicia el 15 de enero/90).

En cuanto a la "prejudicialidad" afirma que en la parte final del memorial planteó la existencia de dos procesos en el Tribunal Administrativo de Antioquia que respaldó con la certificación del mismo, anunciado en el capítulo de pruebas.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Ciertamente en la sentencia se examinó y concluyó que la falta de competencia del Gerente de las Empresas Públicas de Medellín para iniciar y adelantar procesos ejecutivos, alegada como excepción no prosperaba en atención a que el recientemente expedido artículo 11 del Decreto 2304 de 1989 (oct.. 7) vino a resolver la duda o controversia planteada sobre este tema, en el sentido de que los representantes legales de entidades como la citada Empresas Públicas de Medellín "tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos mediante el procedimiento ejecutivo prescrito por el Código de Procedimiento Civil, los créditos exigidos a favor de las mencionadas entidades".

Y también es cierto que en dicha providencia se afirmó que se consideraba tal disposición como norma de carácter "interpretativo" de la legislación anterior, en consideración a que su texto se inició con la expresión "De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo...".

Quedó constancia de que no era ese el criterio de la Sección como había sido expuesto en los fallos del 11 de noviembre de 1988 (Expediente No. 1514) y 5 de mayo de 1989 (Expediente No. 2093) en contra del criterio sostenido por la Sala de Consulta (mayo 15/86) pero se adoptó, obviamente en acatamiento de la nueva ley a la cual, además, se le atribuyó la característica de haber resuelto

la duda o controversia planteada sobre el tema de la competencia directa de los representantes de todas las entidades públicas para adelantar por sí mismos juicios de jurisdicción coactiva.

Y dada la conexidad que ha venido dándosele a los mencionados artículos 68 y 79 del Decreto 01 de 1984 consideró la Sala que en la forma expuesta en la sentencia, o sea, dándole aplicación al artículo 11 del Decreto 2304/89 el debate quedaba resuelto no obstante tratarse de un proceso iniciado antes del 7 de octubre de 1989.

Pero, dada la petición la Compañía ejecutada se procede a ampliar los motivos que llevaron a la Sección a su determinación y siguiendo los planteamientos de aquélla se procederá a adicionarlo o a aclarar la sentencia.

En la que el señor apoderado denomina "Excepción de inconstitucionalidad y prevalencia de las leyes" propugna por la inaplicabilidad del *artículo 68* del Decreto 01 de 1984 por considerarlo fruto de la extralimitación presidencial a las facultades otorgadas por la Ley 58 de 1982 que no las dió para modificar códigos distintos al Contencioso Administrativo y del *artículo 79* si se interpreta como lo hace el Gerente de la Empresa ejecutante (con apoyo en concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado mayo 15/86) en el sentido de que le atribuye competencia a todos los representantes de entidades públicas acreedoras para adelantar juicios ejecutivos. El mismo apoderado aclara que este artículo no es inconstitucional si se entiende lo que efectivamente dice con relación a la facultad de cobrar acreencias ante quien esté investido por la ley de jurisdicción coactiva; es decir, que tiene facultad para instaurar acción, mas no para ser su propio juez.

La Sala considera en cuanto a lo primero, o sea, al artículo 68, que basta recordar que la Ley 58 de 1982 incluyó dentro de las facultades otorgadas al Presidente precisamente la de "definir las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo..." (No. 9, art. 11) sin distinguir el Código o estatuto en donde estuvieren reguladas y el parágrafo del mismo artículo 11 lo autorizó para "modificar las disposiciones de la Ley 167 de 1941, del Decreto Ley 528 de 1964, las complementarias y las de la Ley 11 de 1975", sin restringir solamente al Código Contencioso Administrativo sino extendiéndola a las normas "complementarias". Sobre el tema de la facultad reformatoria de la legislación anterior se recuerda que la derogatoria de "las demás disposiciones que sean contrarias a este Código" contenida en la parte final del art. 268 del Decreto 01/84 fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 92 del 30 de agosto de 1984 (ver considerando No. 9), así como la del art. 567 del C.P.C., lo había sido en la sentencia No. 70 de julio 19/84.

En el tiempo que lleva de aplicación esta norma de 1984, la Sala no ha visto incompatibilidad con la ley de facultades y por el contrario, ha tratado de desarrollar una jurisprudencia inspirada en la prevalencia de las características de los títulos allí señalados frente a las que se deducirían de las disposiciones del derecho privado.

Y en cuanto al segundo, o sea, el artículo 79 como ya se expresó, la Sala simplemente se limitó a aplicar la nueva ley (Decreto 2304/89) sin entrar a examinar o confrontar su compatibilidad con la amplia gama de temas mencionados en los diez ordinales del artículo 1° de la Ley 30/87 de facultades extraordinarias para reformar la justicia. Y no lo hizo porque sólo hasta ahora, con motivo de la aclaración de la sentencia, se le han planteado la posible excepción de inconstitucionalidad con base en el art. 215 de la C.N. la cual, además es improcedente dentro de los límites de las facultades del juez para aclarar sus providencias.

Sobre la posibilidad del Legislador extraordinario para interpretar leyes se recuerda lo que expresó la Corte con motivo de la demanda instaurada contra el Decreto 1333/86 (Régimen Municipal) cuando dijo:

> "Es sabido que el Legislador puede interpretar con autoridad el sentido y alcance de una ley mediante otra. Así lo hizo el Gobierno como legislador extraordinario, mediante un decreto expedido en desarrollo de facultades extraordinarias, cuya naturaleza de ley en sentido material es generalmente aceptada".
>
> .....".

Para concluír puede afirmarse que miradas en su conjunto de las 'dos excepciones' planteadas solamente la relativa a la competencia podía considerarse dentro del marco de las excepciones permitidas en esta clase de juicios según el art. 509 del C.P.C., ya que se encuentra dentro de las previas contempladas en el numeral 1° del artículo 97 ibídem.

Al efecto se recuerda el texto de la parte pertinente del art. 509:

> "Cuando el título consista en una sentencia de condena o en *otra providencia que conlleve ejecución* (se subraya y aclara que los actos administrativos de liquidación final del contrato, integrado con la póliza del seguro de garantía, prestan mérito según el numeral 4°, del art. 68 del C.C.A.) sólo podrán alegarse excepciones de pago, compensación, confusión, novación remisión, prescripción o transacción, siempre que ellas se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad en los casos contemplados en los incisos segundo y tercero del artículo 154, pérdida de la cosa debida y las previas de que tratan los numerales 1 a 5 del art. 97".

La llamada de "inconstitucionalidad y prevalencia de las leyes" no es hecho exceptivo y podría considerarse como un ataque a la validez del título, improcedente en el juicio ejecutivo y válido sólo en el ordinario ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa. De ahí que no se hubiera detenido la Sala en su análisis salvo en lo que se relaciona con la interpretación conjunta de los art. 68 y 79 para efectos de la competencia de las Empresas Públicas de Medellín como ya quedó expresado.

Finalmente, con relación a la 'prejudicialidad' que no fue formalmente planteada sino apenas informada sobre la existencia de procesos ante el Tribunal de Antioquia, debe reiterarse el criterio en el sentido de que no procede como "excepción" de acuerdo con la restricción de los hechos exceptivos que consagra el art. 509 del C.P.C., pero sin perjuicio del derecho que le asiste a todo demandado de plantearla ante el juez que conoce del proceso con arreglo a lo dispuesto por los artículos 170, 171 y 172 del C.P.C.

En conclusión, la aclaración posible a la sentencia del 27 de noviembre se reduce a que para hacer referencia a todas las peticiones del excepcionante la parte resolutiva debe generalizarlas en el sentido negativo que de ellas se hizo y disponer además, que continúe la ejecución por haberse omitido este ordenamiento del numeral $6^0$ del artículo 510 del C.P.C.

En atención a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en su Sección Cuarta.

**RESUELVE:**

1. Adiciónase la parte resolutiva de la sentencia del 27 de noviembre de 1989, así:

"No prosperan las excepciones propuestas.

Continúe la ejecución".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**TITULO EJECUTIVO/ EXCEPCIONES/ CERTIFICADO DE DEUDA POR VALORIZACION**

**El certificado de deuda por valorización constituye título válido aunque no mencionado en el art. 68 del C.C.A., porque el D. 1604/66 conserva su vigencia como lo demuestra el hecho de su incorporación en el C.R. Municipal (art. 241). El certificado de deuda por valorización conserva su carácter de título ejecutivo a pesar de no estar expresamente mencionado en el art. 68 del C.C.A.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., veintitres (23) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2568. Actor: FONDO ROTATORIO DE VALORIZACION DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO C/MARIA TERESA MONTERO DE BARRIOS. Jurisdicción Coactiva –FALLO–

El apoderado judicial de la señora MARIA TERESA MONTERO DE BARRIOS con C.C. No. 22.683.286 de Soledad (Atlántico) presentó oportunamente el 3 de marzo de 1989 memorial de excepciones al mandamiento de pago que le fué librado el 17 de noviembre de 1988 (notificado personalmente en febrero 20/89) por el Juez de Ejecuciones Fiscales del Fondo Rotatorio de Valorización Departamental del Atlántico por la suma de $ 8.935.370.57 en razón de la Obra Prolongación de Calle Murillo establecida mediante Resolución No. 002 de junio 30/88 con relación al predio con referencia Catastral No. 00-02-001-045.

El señor abogado propone las siguientes excepciones:

1. Inepta demanda por falta de varios requisitos formales.

2. Ausencia de documento que preste mérito ejecutivo.

La primera se refiere a la demanda con la que se inició este juicio, demanda que sin fecha y nota de presentación personal aparece al fl. 2 suscrita por el Jefe del Fondo Rotatorio de Valorización Departamental, dirigida al Juez de Ejecuciones Fiscales de la misma entidad. La crítica del excepcionante se refiere a requisitos formales, como el relativo a la falta de indicación de "la edad del representante de la actora", o a la falta de indicación del lugar en que "la demandada y la parte demandante recibirán notificaciones personales" que por su falta de seriedad resulta inaceptable. Otras carentes de veracidad como la que atribuye falta de petitum y señalización de la cuantía, siendo que el libelo, que aunque preimpreso no es modelo de corrección, se refiere a la demanda ejecutiva contra la citada señora quien según Certificación del señor Liquidador del Fondo Rotatorio debe $ 8.935.370.57 por Valorización Departamental en razón de poseer el predio 00-02-001-045 y según la Resolución No. 02 de 1988, con lo cual queda plenamente establecido el cobro de dicha suma como petitum.

Sin que el libelo sea una pieza ejemplar, tampoco pueden indilgársele los defectos que expone sin razón o sin fundamento el excepcionante, máxime cuando esta clase de ejecutivos, por razón de su especialidad, pueden iniciarse inclusive sin demanda, amen de que el juez goza de facultades de interpretación de la misma.

Como sucede en este caso, en el que se critica que en la Resolución No. 02 de 1988 no aparece el nombre de la señora María Teresa Montero, pero ésta acepta ser la dueña y poseedora del predio 00200145 por el cual se cobra la contribución y además, porque dentro de las pruebas aducidas por el Fondo figura el folio de Matrícula Inmobiliaria correspondiente al citado Código Catastral y allí aparece la señora María Teresa como titular por adjudicación hecha a su favor en la sucesión de Montero Rodríguez José Gabriel quien figura en la Resolución No. 002.

En conclusión, la alegada falta de documentos que preste mérito ejecutivo no solamente es afirmación que carece de prueba sino que está contradicha por los documentos que obran en el informativo. Por tales razones no será aceptada.

2. En diversas oportunidades ha reiterado esta Sala que el régimen de excepciones en esta clase de ejecutivos está restringido a los hechos enumerados en el segundo inciso del artículo 509 del C.P.C. y que sean posteriores a la respectiva providencia, criterio con el cual no es aceptable como excepción la propuesta con

base en que la "certificación" no constituye título ejecutivo porque no aparece en la enumeración taxativa del artículo 68 del Decreto 01/84.

No obstante lo anteior pero para despejar la duda sobre la procedencia del "certificado de deuda por valorización" como título, la Sala observa que el artículo 562 del C. de P.C. no fue expresamente derogado por el Decreto 01 de 1984, como hubiera podido serlo por el Presidente en uso de las facultades recibidas de la Ley 58 de 1982 en el art. 11, numeral 9°, para "definir las obligaciones a favor del Estado que presten mérito ejecutivo". Así lo hizo por ejemplo, con el art. 507 del citado Código de Procedimiento Civil.

Ciertamente el art. 68 del Decreto 01/84 resume la enumeración de documentos que presten mérito ejecutivo, pero no es listado de carácter taxativo por la razón ya dicha de no haber dispuesto la derogatoria expresa de otras normas contentivas de títulos ejecutivos, como es el mentado artículo 562 del C.P.C., en primer término, y otras como el art. 14 del Decreto Ley 1604 de 1966 en donde se enseña que "prestará mérito ejecutivo la certificación sobre existencia de la deuda". Esta disposición por su especialidad y compatibilidad con el 68 del C.C.A., está vigente como lo demuestra el hecho de su incorporación en el Código de Régimen Municipal (Decreto 1333/86) en cuyo art. 241 se trata específicamente de la "certificación sobre la existencia de la deuda fiscal" como título ejecutivo para el cobro de las contribuciones de valorización, nacional, *departamentales* y municipales.

Por las anteriores razones la Sala no considera aceptables las excepciones propuestas, como tampoco puede atribuírle carácter de "reforma de la demanda" al escrito del Director de la Oficina de Valorización del 8 de marzo de 1989 con la que afirma quedaron "subsanados los vicios abogados por la contraparte" a fín de que se "de por terminado el incidente de excepciones". Esa no es forma ni oportunidad de corregir la demanda, ni esta Corporación el Juez destinatario para su atención.

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:**

1. No prosperan las excepciones propuestas por la ejecutada.

2. Continúe la ejecución.

3. condénase en costas al excepcionante, las cuales serán tasadas conjuntamente con la liquidación del crédito.

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.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Facultades/ POLICIA ADMINISTRATIVA/ ENCAJE LEGAL/ DERECHO DE DEFENSA**

**La sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria forma parte de los mecanismos con que ella cuenta para mantener aquellas condiciones propias del sector financiero que le dan características de confianza y seguridad ante los asociados. No puede afirmarse que "se inicia o pone fin a una actuación administrativa" con la imposición de una sanción por desencaje, cuando se trata de una relación continua de vigilancia administrativa, regulada por normas propias, las cuales no consagran un procedimiento especial, precisamente por la naturaleza de la relación existente entre la administración y las entidades vigiladas. Las normas penales no son aplicables en el campo administrativo.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., marzo veintitres (23) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1952. Apelación sentencia de julio 9 de 1987 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de la Resolución No. 6476 de diciembre 10 de 1984 de la Superintendencia Bancaria. Actor: Banco Ganadero. FALLO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por la Superintendencia Bancaria contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 9 de julio de 1987, mediante la cual declaró la nulidad de la Resolución No. 6476 del 10 de diciembre de 1987 de la Superintendencia Bancaria, en virtud de la cual le fue impuesta al Banco

Ganadero una multa de $25.537.187.oo, por defectos de encaje en que incurrió en el mes de junio de 1984.

## LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal de Instancia declaró la nulidad de la resolución sancionatoria y en la parte considerativa de su providencia se remite a lo dicho en su fallo proferido el 19 de mayo de 1987, por considerar que se trata de casos en los cuales los fundamentos de hecho y de derecho son similares, lo mismo que lo verificado en los respectivos procesos.

Los argumentos traídos como motivación se refieren fundamentalmente a que el acto acusado fue expedido en forma irregular por cuanto se desconoció el artículo 26 de la Constitución Nacional, al ser expedido sin solicitar previamente a la entidad sancionada, las explicaciones necesarias sobre las causas del defecto de encaje y sin respetar los derechos de defensa y del debido proceso que dicha norma consagra. No se pronuncia en relación con los otros argumentos de la demanda relacionados con la alegada violación de los artículos 5°, 8°, 35 y 375 del Código Penal y 215 del Código de Procedimiento Penal.

## EL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO:

El señor apoderado de la Superintendiencia Bancaria al sustentar el recurso de apelación lo fundamenta, en síntesis, en los siguientes argumentos:

Anota que no es aceptable el argumento de violación directa del artículo 26 de la Constitución, tal como lo planteó la parte actora y lo aceptó el Tribunal, ya que la norma citada consagra solamente un principio: el del derecho de defensa, el cual solo podrá resultar desconocido a través de la violación directa de la ley concreta que lo desarrolle y en frente a la cual ha de hacerse la confrontación que supone el control de legalidad.

Alega que el fallo fue extra petita, porque se fundamentó en el artículo 47 de la Ley 45 de 1923 y el artículo 22 del Decreto 2910 de 1982 que no fueron citados por la parte actora como fundamento de sus pretensiones.

Afirma que con la expedición del acto demandado en la instancia no se desconoció el derecho de defensa ni se transgredió procedimiento alguno ya que la sanción fue impuesta con base en los estados financieros que la misma entidad bancaria presentó a la Superintendencia y en las respectivas liquidaciones de encaje que ésta hizo y según las cuales se pudo establecer lo confesado por el Banco Ganadero. Ante lo anterior la Superintendencia Bancaria en cumplimiento de un deber legal procedió a imponer las sanciones pertinentes.

Afirma que el derecho de defensa en materia administrativa encuentra su desarrollo en el principio de contradicción, en virtud del cual los interesados tienen oportunidad de conocer y controvertir las decisiones administrativas por los medios legales, pero dicho principio no operaba en el caso de autos en el cual la liquidación hecha por la Superintendencia Bancaria coincidía con la presentada por él, o sea que no existía diferencia por contradecir. Agrega que la entidad bancaria tuvo oportunidad de plantear sus argumentos ante la Administración en primer término cuando presentó los informes financieros y anexos a la Superintendencia Bancaria y en segundo lugar a través de la interposición del recurso de reposición. Pero el Banco no interpuso dicho recurso o sea que en últimas fue él quien no hizo uso de su derecho de contradicción.

Precisa también el apelante que la aplicación del artículo 47 de la Ley 45 de 1923 procede cuando existan dudas sobre el aspecto objetivo de la falta pero no, cuando la causación del hecho se pone en evidencia, en virtud de un informe suministrado directamente por la entidad vigilada.

Luego de invocar jurisprudencia de esta Corporación se refiere también a la inaplicabilidad del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 y el artículo 3° del Decreto 1939 de 1986, los cuales a su juicio solamente son aplicables para los eventos en que la transgresión legal no tenga prevista una sanción específica, lo que no sucede en el caso que nos ocupa toda vez que precisamente el artículo 1° de la Resolución 48 de 1981 de la Junta Monetaria la consagra.

Con relación a la aplicabilidad de normas propias del ordenamiento penal y procesal penal cita las sentencias de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de marzo 6 de 1987, 24 de julio de 1987 Consejero ponente Hernán Guillermo Aldana Duque en las cuales se afirma que las normas administrativas, su manera de ejecutarse y los procedimientos son diferentes de las propias del ramo penal y en tal virtud no pueden aplicarse a aquellas por el mecanismo novedoso de la extensión, principios propios de otras tutelas jurídicas.

Igualmente cita el fallo de 26 de junio de 1987 con ponencia del Consejero Jaime Abella Zárate para referirse al sentido teleológico de las sanciones, el cual es diferente en el campo penal y en el campo administrativo y en este último no puede quedar condicionado a la difícil prueba de factores subjetivos.

En alegato final, el señor Apoderado de la Superintendencia Bancaria se refiere a los anteriores argumentos y con base en ellos reitera su petición de que se revoque el fallo de instancia.

Anota sí que la Superintendencia al expedir la resolución acusada dió estricto cumplimiento a los artículos 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo ya que no existió ignorancia del hecho (artículo 28), pues el propio banco remitió

los datos en los que aparecía el desencaje sancionado y las pruebas y explicaciones (Artículos 34 y 35) no eran necesarias pues la prueba había sido dada por el propio infractor.

## LA PARTE OPOSITORA:

Oportunamente, el señor apoderado de la parte actora en extenso memorial se opone a la prosperidad del recurso con base en lo ya expuesto en la instancia y en los argumentos nuevos que propone, todos los cuales pueden precisarse, así:

1. En cuanto a la imposibilidad de la violación directa de una norma constitucional contentiva de un principio, sin la infracción de la norma que lo regula afirma que dicha interpretación conduce a "trivializar esa garantía constitucional y a olvidar que ese precepto advierte que cualquier juzgamiento ha de hacerse conforme a las leyes preexistentes y que en todos los casos la actuación deberá desarrollarse observando la plenitud de las formas propias de cada juicio..." y precisa que para el caso dichas normas están contenidas en el artículo 47 de la Ley 45 de 1923, los artículos 22 y 23 del Decreto 2920 de 1982 y en el artículo 3º del Decreto 1939 de 1986 y en numerosas disposiciones de igual o inferior jerarquía que bajo distintas circunstancias y en distintas épocas han establecido verdaderas ritualidades procesales en favor de los administrados.

Precisa que la Superintendencia Bancaria durante casi sesenta años, antes de imponer una sanción por desencaje solicitaba explicaciones al desencajado, pero fue a partir de 1982 que "hizo carrera una práctica inspirada en la urgencia, en el ambiente de la crisis financiera de esa época y en el descrédito general de los Bancos y sus administradores..." y se instauraron las "sanciones de plano".

Menciona que tal conducta fue censurada por los señores Superintendentes Delegados quienes tuvieron que expedir conjuntamente la Circular Interna No. 13 de 1987 a través de la cual advirtieron a todos los funcionarios de la Superintendencia Bancaria que cualquier multa debe estar precedida de pliego de cargos y de motivación suficiente y aunque alega que "la circular citada dice así: ...", transcribe equivocadamente una dirigida a "Representantes de Organismos Financieros del Exterior".

Afirma que la violación de una norma constitucional sí puede dar lugar a la nulidad de un acto administrativo pues de lo contrario se estaría negando la existencia de normas constitucionales que obligan a los jueces y a los administradores sin necesidad de leyes que los repitan, como ocurre con los artículos 10, 22, 26, 29, 24 y 49 de la Constitución Nacional.

2. Anota que las normas que según el recurrente fueron citadas en la sentencia apelada y no invocadas por el demandante, se señalan solamente a título ilustrativo.

3. Precisa que el derecho de defensa al estar consagrado en la Constitución Nacional es un derecho esencial que impera, así las leyes y demás preceptos no se refieran expresamente a esas garantías constitucionales y que en los casos en los cuales las normas establecen un requerimiento previo como en la Ley 45 de 1923, el Decreto 2920 de 1982 y el 1939 de 1986, dichas normas no están dando al particular el derecho sino, repitiendo lo que la Constitución ha reconocido como regla fundamental para todos los casos susceptibles de condena.

En cuanto a la oportunidad de la defensa considera que debe ser previa a la sanción, porque de lo contrario sería suficiente con la consagración de los recursos propios de la vía gubernativa y de las acciones ante la jurisdicción administrativa.

Cita importantes autores de Derecho Público y algunas jurisprudencias para afirmar que el interesado tiene el derecho a conocer previamente las acusaciones, a presentar pruebas y alegatos contra ellas, lo cual no supone que el procedimiento administrativo se convierta en jurisdiccional sino que, en el derecho administrativo, se han asimilado ritos propios del debate contradictorio y que el derecho de defensa es un principio básico que tiene las mismas soluciones, por las mismas razones, para distintas ramas del orden jurídico.

A su juicio, es suficiente que quien pretende la nulidad de un acto administrativo contentivo de una sanción, pruebe su expedición irregular sin necesidad de que se demuestre además la no culpabilidad de aquél a quien afecta y cita en respaldo de esta afirmación algunas jurisprudencias de esta Corporación y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

4. Por último, afirma enfáticamente que la presentación de los balances por parte de los Bancos ante la Superintendencia Bancaria no tiene el carácter de confesión y se detiene a hacer un análisis de lo que son los balances, de los anexos con que se acompañan y de la naturaleza de la confesión como medio de prueba.

5. Como último planteamiento de su memorial, el opositor pide que:

> "... que en caso de acceder a las pretensiones del apelante entre a considerar lo que en la demanda y el alegato de conclusión expuse sobre la violación de los arts. 5°, 8° y 375 del Código Penal...".

## EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de la Corporación en su concepto de fondo considera que la sentencia debe ser revocada y se deben denegar las súplicas de la demanda.

Refiere su argumentación a dos aspectos:

1o. La violación del derecho de defensa y 2o. la aplicación de normas del estatuto penal.

En cuanto al primer aspecto, luego de citar las sentencias del 24 de junio y del 26 de julio de 1987 de esta Corporación, anota que la Superintendencia impuso sanción al Banco Ganadero por defectos en el encaje que detectó al analizar los informes rendidos por la propia entidad y los cuales en ningún momento ésta corrigió ni controvirtió, pudiendo haberlo hecho a través del recurso de reposición.

Afirma que, aún aceptando que pueda invocarse la violación directa del artículo 26 de la Constitución, sin citar las leyes que señalan en concreto el debido proceso, la transgresión debe fundarse en hechos que demuestren la negación de la posibilidad de intervenir el infractor, en defensa de sus intereses, lo que no puede afirmarse en el caso de autos cuando quien informó del hecho punible fue el propio Banco e impuesta la sanción, éste no hizo uso de los medios que tuvo para impugnarla.

Con relación a la aplicación de normas del estatuto penal, cita también la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, para referirse a la diferencia que existe entre las contravenciones a las normas de derecho público económico y las de naturaleza estrictamente penal y concluir que no todos los principios del estatuto penal son aplicables al campo administrativo y a su juicio, el artículo 5° del nuevo estatuto penal por el cual se descarta la posibilidad de establecer una responsabilidad objetiva, es aplicable también a las contravenciones administrativas.

Considera que: "... no es que en materia de contravenciones administrativas haya lugar a la imposición de la sanción por hechos realizados sin culpabilidad, sino que para imponerla basta que este elemento esté presente como juicio de reproche por el actuar antijurídico, no siendo necesario establecer la *forma* de culpabilidad (dolo, culpa o preterintención)".

Precisa que: "La Superintendencia no tenía obligación de aducir elementos de juicio diferentes a la realización de la conducta reprochable y su imputabilidad para demostrar la culpabilidad del Banco, y, por otra parte, en ningún momento,

ni al rendir los respectivos informes, ni después de enterarse de la sanción el Banco alegó circunstancia alguna de inculpabilidad que impusiera a la Administración el estudio y comprobación de la situación anormal en el comportamiento antijurídico.

"Y en cuanto a la violación de los artículos 5°, 35, 8° y 375 del Código Penal por razones igualmente referidas a la prueba de la culpabilidad, ni en la etapa gubernativa ni ante la jurisdicción aportó el Banco prueba de que se haya sancionado un hecho punible cometido en circunstancias de inculpabilidad; su transgresión resulta entonces no probada".

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1o. *Desconocimiento del Decreto de Defensa y Violación directa del artículo 26 de la Constitución Nacional.*

Este es el tema central de la sentencia recurrida y el que sirve de fundamento a la decisión favorable a la demanda.

Afirma el *a-quo* que:

"De modo que el Estado si puede imponer sanciones a las personas, sólo que para ello se requiere que en ejercicio de esa atribución actúe de conformidad con las normas constitucionales o legales que señalen las faltas, las sanciones, la autoridad competente para imponerla y las formas propias de cada juicio.

"Y cuando la Constitución exige que la sanción se imponga de acuerdo con las formas propias de cada juicio, ello significa que, por regla general, sólo se puede decretar la medida de esa naturaleza cuando el legislador haya establecido un procedimiento acorde con el respectivo juicio. Esto es lo que la doctrina conoce con el principio universal del debido proceso y que constituye un desarrollo del principio de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

"Así mismo el artículo 26 de la Constitución Nacional al exigir que las sanciones se impongan según el debido proceso consagra implícitamente la obligación de garantizar el derecho del implicado a ser oído antes de la sanción, o sea el conocido derecho de defensa. De modo que, en principio, un procedimiento que no consagre debidamente el derecho de defensa está desconociendo el artículo 26 por cuanto ello implica que no se den las formas propias del juicio".

Los anteriores planteamientos son plenamente compartidos por la Sala, pero ellos no permiten llegar a la conclusión a la que llegó el Tribunal en la sentencia apelada.

En efecto, en el caso de autos, la Superintendencia Bancaria impuso una sanción, de conformidad con las disposiciones que señalan las infracciones a las normas sobre encaje, establecen sus sanciones y le atribuyen la competencia para imponerlas, como son la Ley 7 de 1973, artículo 23, literal a), y la Resolución 48 de 1981, artículo 1°, de la Junta Monetaria.

Ni dichas normas, ni otras relacionadas con el tema, establecen formas, trámites, requisitos o procedimientos especiales para la imposición de sanciones por desencaje a las entidades financieras y, no es cierto que solo se puedan imponer sanciones cuando "... el legislador haya establecido un procedimiento acorde con el respectivo juicio...", ya que pueden presentarse como en este caso, situaciones administrativas, en las cuales, en razón del interés público, de la situación del administrado y de la naturaleza misma de la competencia administrativa de que se trate, el legislador simplemente establezca la falta y la sanción, sin prescribir ritualidades especiales para su imposición.

La Superintendencia Bancaria ejerce una función de vigilancia que tiene el carácter de policía administrativa, respecto de las entidades financieras, la cual ejerce de manera *permanente e ininterrumpida*, a través de diferentes instrumentos, los cuales van desde la simple presentación de informes hasta la toma de posesión de la entidad vigilada, y con la previsión de mecanismos coercitivos y sancionatorios.

Dentro de este contexto, la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria forma parte de los mecanismos con que ella cuenta para mantener aquellas condiciones propias del sector financiero que le dan características de confianza y seguridad ante los asociados.

Y como se trata de una situación de características especiales que implica la comunicación permanente entre la Administración y la entidad vigilada, no puede afirmarse que ésta resulta "sorprendida" con la sanción, cuando ella está prevista en el ordenamiento jurídico sin que deba cumplirse un procedimiento especial, y la conducta sancionada se establece con base en los informes financieros elaborados por el propio ente vigilado y por él presentados a la Superintendencia.

No puede entonces, a juicio de la Sala, afirmarse que "se inicia o pone fin a una actuación administrativa" con la imposición de una sanción por desencaje, para pretender aplicar las normas generales del Código Contencioso Administrativo, cuando se trata de una relación contínua de vigilancia administrativa, regulada por normas propias, las cuales no consagran un procedimiento especial, precisamente por la naturaleza de la relación existente entre la Administración y las entidades vigiladas,

Y tampoco puede aceptarse el planteamiento hecho en la sentencia recurrida con relación a la aplicabilidad y violación del artículo 47 de la Ley 45 de 1923, del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 y del artículo 3º del Decreto 1393 de 1986, ya que la primera norma consagra como *potestativo* de la Superintendencia Bancaria, el pedir explicaciones a los Bancos cuando el encaje esté por debajo de lo que la Ley requiere, la segunda se refiere a situaciones y sanciones no reguladas en norma especial y la última norma no pudo ser violada por el acto demandado, toda vez que fue proferida con posterioridad a la expedición de aquél.

Nótese que el fallo recurrido afirma que un procedimiento que no consagre el derecho de defensa viola el artículo 26 de la Constitución Nacional: pero el acto infractor, si existiera sería el que consagra así, el procedimiento, el cual en este caso no existe, y por ello, no puede afirmarse que se haya desconocido ni el derecho de defensa, ni violado directamente el artículo 26 de la Constitución Nacional.

La autoridad administrativa, no puede inventar trámites o procedimientos no previstos en la ley, ya que la función administrativa que le es propia está subordinada a ésta y debe ejercerse dentro del principio de legalidad.

Así las cosas, existiendo norma expresa que regula específicamente la infracción y la sanción y que por la naturaleza de la actividad misma, no exige un procedimiento o trámite especial, no puede afirmarse que con el acto demandado se desconoció el derecho de defensa, consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Más, si se tiene en cuenta que la infracción sancionada se estableció con fundamento en los informes presentados por el mismo Banco, y en las liquidaciones hechas por la Superintendencia, de cuya comparación surge la verificación de la infracción. Y aunque a esos informes no se les pueda dar el carácter de una confesión, con todas las características que a dicho medio de prueba, le reconoce el derecho probatorio, no hay duda que objetivamente está comprobada la comisión de la infracción en cuanto se trata de informes financieros, tomados de los libros de contabilidad, los cuales tienen el valor probatorio que les reconocen los artículos 68 y siguientes del Código de Comercio y este aspecto no fue desvirtuado, ni siquiera cuestionado por la entidad sancionada, ni en la vía gubernativa porque no interpuso el recurso de reposición, ni en la etapa jurisdiccional.

Por su parte, la Superintendencia Bancaria bien podía solicitar explicaciones antes de imponer una sanción por desencaje, cuando lo considerare necesario, tal como lo ha hecho en los casos mencionados por el apelante, pero el no hacerlo,

no implicaba el desconocimiento del derecho de defensa ya que no existe norma que le dé a dicho trámite, el carácter de obligatorio.

A juicio de la Sala, el tan alegado derecho de defensa se ejerce no sólo, antes de la expedición del acto administrativo, sino tambien a través de los recursos propios de la vía gubernativa; por eso llama la atención de la Sala el que la parte actora alegue que se le desconoció su derecho de defensa porque no se le solicitaron explicaciones, no previstas en la ley, pero no lo ejerció en cuanto no interpuso el recurso de reposición.

Por último, con relación a este tema del desconocimiento del derecho de defensa y de violación del debido proceso, evidentemente el Tribunal fundamentó y no solo "ilustró" su decisión, en normas que no fueron citadas como violadas en la demanda; en efecto, allí se hizo referencia al artículo 47 de la Ley 45 de 1923, al artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, al artículo 3° del Decreto 1939 de 1986 y al Decreto 01 de 1984, mientras que en la demanda solamente se citaron como violadas el artículo 26 de la Constitución Nacional, el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 5°, 8°, 35 y 375 del Código Penal.

Por ello, la Sala comparte el planteamiento del recurrente cuando afirma que el Tribunal *a-quo* desbordó en este aspecto los límites fijados por el mismo actor en la demanda y reitera lo dicho por la Corporación en sentencia del 19 de diciembre de 1984 cuando con ponencia del Consejero Joaquín Vanín Tello dijo:

"Recuérdese, en efecto, que el fallador no puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le han sido propuestos oportunamente por las partes y que tampoco puede dejar sin pronunciamiento puntos que hayan sido sometidos a su decisión. Por ello, de manera terminante ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por remisión analógica del artículo 267 del Decreto 01 de 1984, que la parte resolutiva de la sentencia debe contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y el artículo 305 de la misma obra señala que el fallo debe ser consonante con las pretensiones. *De lo expuesto se infiere que la resolución judicial debe ser respuesta adecuada, positiva o negativa, a lo pedido por el demandante, sin exceder esos límites, como tampoco puede dejar sin decidir los precisos aspectos que hayan sido sometidos a la consideración del juzgador*". (Se subraya).

La sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo, establece la legalidad o ilegalidad de una decisión de Administración, pero dicha decisión está limitada por lo planteado en la demanda que da origen a cada juicio, ya que por tratarse de una jurisdicción rogada, el alcance de la actuación del juez adminis-

trativo, lo delimita el actor, al precisar las peticiones, las normas violadas y el concepto de la violación, sin que le sea permitido a aquel adicionarlo.

2. *Aplicación de normas penales.*

Aunque la sentencia apelada no se pronuncia con relación a la violación de los artículos 5°, 8°, 35 y 375 del Código Penal y 215 del Código de Procedimiento Penal, y a su aplicabilidad en materias administrativas, en cuanto sí lo plantea el recurrente, la Sala reitera su criterio de considerarlas no aplicables en el campo administrativo, tal como lo ha sostenido en diferentes providencias cuando dijo:

"Ni el tipo de pena imponible al transgreso del desencaje, ni la naturaleza del procedimientro, ni el control judicial de la medida sancionadora permite ver en esa materia una cuestión de naturaleza o fundamentalmente penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se ve que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual se exija intervención del legislador, por no ser sanciones contra conductas lógicamente penales castigadas con medidas restrictivas de la libertad personal" (Exp. 1035. Sentencia 24 de julio de 1987, Sección Cuarta Ponente Hernán Guillermo Aldana Duque).

"Además, el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se estudia, de simple orden público económico.

"Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas, como es el caso del manejo del sistema de ahorro de valor constante que solamente puede hacerse a través de Corporaciones de Ahorro y Vivienda y son ellas las destinatarias de las obligaciones y por consiguiente de las sanciones en que incurran por su incumplimiento, sin que pueda tener cabida el elemento de culpabilidad, en el sentido que lo consagra el estatuto penal respecto de las personas naturales". (Expediente 1028, Sentencia de junio 26 de 1987 Sección Cuarta Ponente Jaime Abella Zárate).

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, a juicio de la Sala, la sentencia recurrida debe revocarse y en su lugar, negarse las pretensiones de la demanda.

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

**FALLA:**

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar niéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**SUPERINTENDENCIA BANCARIA** - Facultades/ **POLICIA ADMINISTRATIVA/ ENCAJE LEGAL/ DERECHO DE DEFENSA** - (Salvamento de voto)

**Es evidente que la sanción se impuso sin que se hubiera permitido el ejercicio de los derechos de contradicción y de impugnación, derechos que son especies del mismo principio constitucional de defensa y sin que se hubiera seguido un procedimiento legal previo y debidamente establecido, puesto que, el procedimiento seguido es uno ad hoc fruto de la inventiva de los funcionarios de la Superintendencia, que parte del supuesto de que cuando exista en los correspondientes funcionarios la convicción de que la infracción se ha producido y se conoce a su autor, es posible omitir ciertas formalidades legales, como la de la audiencia previa del supuesto agresor, e imponer la sanción de que se trata.**

**SALVAMENTO DE VOTO**
**DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO**

Referencia: Expediente No. 1952. Actor: Banco Ganadero.

Los motivos de mi discrepancia con el fallo de la Sección Cuarta del cual me aparto, son los mismos que aparecen expresados en el proyecto que como ponente del proceso No. 1865, actor Banco Ganadero llevé a consideración de la Sala y que no mereció el respaldo de la mayoría de la Sección. Como se trata de idénticas cuestiones de hecho y de derecho, a las involucradas en este proceso, que por cierto tiene como partes a las mismas que actuaron en aquél, estimo que las argumentaciones que me sirvieron para pedir entonces a la Sala una decisión contraria a la que se adopta en el asunto discutido ahora, son buenas para fundamentar mi disenso.

Ellos son:

En efecto, la sentencia impugnada que, declaró la nulidad de la Resolución No. 2612 de 1984 de la Superintendencia Bancaria expresa claramente que la motivación que sirve a tal decisión es la de haberse considerado próspero el cargo sobre violación del derecho de defensa (art. 26 de la Cons. Nal). Así mismo, la sentencia del *a-quo* en forma expresa desestima cualquier incidencia en la decisión adoptada de las normas del Código Penal que se presuponen violadas por el actor, al considerar que ellas no son de recibo en la actuación administrativa discutida. Por tanto, y como la inconformidad de la apelante, dirigida a obtener la información de la sentencia, está fundada en argumentaciones que tienden a demostrar que no existió violación del citado derecho, al análisis de este aspecto se contraerá el estudio, sin perjuicio de que, por haber sido tema mencionado por la apelante, por la parte opositora al recurso y por la Fiscalía, se aborde también el análisis de las cuestiones atinentes a la incidencia de las normas penales en el procedimiento gubernativo sancionatorio.

*La alegada violación del derecho de defensa por ausencia de petición de explicaciones, previamente a la imposición de la sanción.*

Tal es el tema central de la litis, el campo de la contienda que se identifica con base en los hechos y en las diferentes plazas procesales a consideración.

De antemano para abordar el análisis de la cuestión, se presenta la premisa de que el derecho de defensa como derecho de estirpe constitucional tiene cabida plena y aplicación necesaria también en el ámbito de la actuación administrativa. Esto es, el derecho administrativo se informa, es trascendido, por el principio enantes mencionado. La moderna configuración legal del derecho administrativo colombiano recoge este aserto que deja de ser una simple elaboración doctrinaria para convertirse en estatuto legal cuando el Decreto 01 de 1984 al regular lo relativo a los "principios generales" establece que la actuación administrativa tiene entre sus objetivos la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la Ley (artículo 2°) y que en virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones de la Administración por los medios legales (artículo 3°). Así mismo, cuando determina que, en ausencia de un procedimiento administrativo de carácter legal especial, la actuación administrativa deberá regirse por el procedimiento general contenido en la parte primera del mencionado código. A lo anterior debe agregarse, también como precisión necesaria, sobre todo para explicar posiciones diferentes sostenidas en el pasado por la Sección respecto del tema bajo análisis, que la actuación administrativa que se controvierte en este proceso y la demanda

contenciosa a que ella dió lugar, tienen ocurrencia dentro de la vigencia del Decreto 01 de 1984.

Ha planteado el actor en su demanda la violación del artículo 26 de la Constitución Política de Colombia por parte de la resolución acusada consi-derando que dicha actuación pasó por encima de las reglas del debido proceso, entre otras cosas por no haberse solicitado al Banco Ganadero explicaciones previas a la imposición de la multa, en relación con el defecto de encaje producido. El Tribunal *a-quo* aceptó como se ha dicho, este cargo y con base en él decretó la nulidad impetrada.

La entidad pública apelante disiente de la definición contenida en el fallo y expresa su inconformidad argumentando que como el desfase en el encaje resultó de la información suministrada por el propio Banco al presentar sus balances, tal información se debe asimilar a una confesión y por tanto no es necesario oír previamente al presunto infractor. Estima que no hubo violación del artículo 26 de la Carta, por cuanto el Banco tuvo dos oportunidades de rendir las explicaciones del caso, la una cuando remitió a la Superintendencia los balances que sirvieron para determinar la infracción y la otra, con motivo del recurso de reposición, del cual no hizo uso.

No cree el suscrito Consejero, que a la luz de una correcta aplicación del principio y norma Constitucional –que una y otra cosa es– del derecho de defensa, las argumentaciones de la apelante puedan considerarse de recibo. Lo primero, por cuanto, tanto del propio texto Constitucional como de las normas que lo desarrollan en lo administrativo, en especial el artículo 35 del C.C.A., se desprende que el derecho de defensa debe ser ejercitado, o por lo menos la Administración debe brindar todos los medios posibles para su ejercicio, antes de producir el acto que declare vencido al infractor, acto éste que debe, por lo demás, ser el resultado de un procedimiento establecido en la ley y no inventado ad-hoc como el que aquí parece haberse cumplido. No se trata pues, como reza el adagio popular de fusilar mientras llega la orden, sino de garantizar que el inculpado, el sancionado, tenga las oportunidades elgales de rendir las explicaciones que desee y que puedan evitarile la sanción. Por ello no es admisible la tesis de que se cumple con el precepto de garantizar el derecho de defensa cuando simplemente se de oportunidad de interponer los recursos gubernamentales, así se hayan cometido violaciones en la actuación previa a la expedición del acto sancionatorio.

El artículo 35 del C.C.A., al regular lo pertinente a la adopción de decisiones en la actuación administrativa desarrolla el principio constitucional del derecho de defensa, de la audiencia previa, cuando dispone que "*habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones*, y con base en las pruebas

e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares". (Subraya el Consejero).

Considero pertinente hacer mías las expresiones que la Corte Suprema de Justicia empleó para aludir a esta institución cuando dije:

"El derecho de defensa emana también del artículo 26 de la Carta, porque pertenece al debido proceso. Más aún, esta norma constitucional tiene como objeto principal su garantía, dado que el mismo derecho es atributo fundamental de la personal como tal y se relaciona directamente con los derechos esenciales de la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad. Es además un derecho histórico. Los romanos instituyeron el principio AUDIATUR ALTERAPARS, como regulador de todo proceso en garantía de sus partes. No hay sistema procesal alguno que lo pueda excluír.

"El derecho de defensa en la práctica se descompone, entre otros, en los derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico procesal de su aplicación...

"... Cierto es que tanto el derecho de impugnación como el de contradicción se encuentran contemplados en las normas que rigen la etapa procesal del juzgamiento. El punto por esclarecer es el de si esos derechos, que se identifican con el de defensa, no requieren la misma garantía e igual efectividad en la etapa investigativa, como parte integrante del mismo proceso que en ella se inicia..."

"... Los artículos 151, inciso 2°, 186, en su parte inicial, y 344 del Código de Procedimiento Penal sólo permiten a una de las partes, la de la acusación, que es la misma encargada de la función investigadora, actuar plenamente en la etapa investigativa ya que en ellos se le niega a la defensa el derecho a recurrir contra las providencias del investigador y a manifestarse con respecto a sus pruebas, con detrimento de los principios de impugnación y de contradicción inherentes al derecho de defensa que consagra la Carta. Se ha de esperar a que sobrevenga la etapa del juzgamiento para que sea posible ejercitar los actos esenciales de toda defensa. Entonces durante la investigación apenas existe la posibilidad de una defensa restringida, no obstante que la ley de facultades menda la absoluta igualdad de las partes en el proceso, en todo el proceso, La defensa ha de ser unitaria y contínua, y debe existir ab-initio del proceso, sobre todo si se trata del sistema mixto que este consagra"... "El hecho de que los principios de impugnación y contradicción se encuentren consagrados para la etapa de juzgamiento no es suficiente. La norma de la ley de facultades se refiere a la necesidad de que tales derechos existan en todo proceso y no sólo es una parte de él, con mayor razón si las actuaciones ocurridas en su primera etapa son determinantes de la segunda e influyen tan poderosamente en su resultado".

"De lo anterior se puede deducir que los artículos 151 inciso 2°, 344 y 186 en su parte inicial, del Código de Procedimiento Penal, en cuanto lesionan los derechos de impugnación y de contradicción que ha de tener siempre el procesado, resultan contrarios a las normas de la Carta que consagran la garantía del debido proceso, incluído el derecho de defensa (artículo 26), así como el derecho de petición (artículo 45), ya que las posibilidades de los ciudadanos para hacer uso de acciones judiciales y de recursos en todo proceso hacen parte de ese mismo derecho, y una cosa es que la ley reglamente la oportunidad de su uso, y otra distinta que lo niegue en todo un período en el que su ejercicio es fundamental a la defensa del procesado..." (sentencia Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente Dr. Carlos Medellín. octubre 2 de 1981. Gaceta Judicial Tomo CXLIV No. 2405 página 325).

A la luz de lo precedentemente analizado no encuentro que asista razón a la apelante en su afirmación de que garantizó cabalmente el ejercicio del derecho de defensa del Banco Ganadero en la actuación administrativa que concluyó con la imposición de una sanción pecuniaria, puesto que es evidente que la sanción se impuso sin que se hubiera permitido el ejercicio de los derechos de contradicción y de impugnación, derechos que son especies del mismo principio constitucional de defensa y sin que se hubiera seguido un procedimiento legal previo y debidamente establecido, puesto que, como también se halla comprobado, el procedimiento seguido es uno ad-hoc, fruto de la inventiva de los funcionarios de la Superintendencia, que parte del supuesto de que cuando exista en los correspondientes funcionarios la convicción de que la infracción se ha producido y se conoce a su autor, es posible omitir ciertas formalidades legales, como la de la audiencia previa del supuesto agresor, e imponer la sanción de que se trata.

Por tanto, por este aspecto, no encuentro fundada la decisión informatoria que se solicita en relación con la sentencia objeto de apelación.

Lo segundo, porque tampoco estimo legalmente procedente asimilar el balance de una institución bancaria, presentada ante la Superintendencia del ramo con el fin de cumplir con una obligación legal de carácter periódico, con una confesión de naturaleza judicial o extrajudicial penal. Sabido es que el balance es tan solo una cuenta, o dicho de otra manera, un estado financiero que refleja la situación patrimonial de una persona, comerciante o no y carece, por lo menos mientras no se le confiere expresamente por la ley, la virtualidad de servir como medio procesal de confesión en materia penal o penal administrativa. En efecto, tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina son consonantes en afirmar que la confesión, para que tenga aptitud probatoria debe ser voluntaria, expresa, libre y consciente; en otras palabras, que quien confiesa debe tener plena conciencia de que está realizando tal acto de confesión y que la misma puede afectarlo en sus intereses, pese a lo cual, libremente la realiza.

Adicionalmente señalo que no es dable procesalmente hablando asimilar y confundir medios probatorios que tienen tratamiento y consideración procesal diferentes, como lo hace el apelante al pretender que un documento como es el balance de un comerciante, que por ley es prueba de carácter documental (art. 271 C.P.C) se torne en prueba de confesión, sin que exista disposición legal que así lo determine. El único caso en el que los libros del comerciante se asimilan a una confesión por mandato de la ley es el que contempla la regla 3a., del artículo 70 del C. de Co., que por cierto no tiene aplicación en el presente caso.

Esta pretensión del apelante, a más de ser contradictoria con la que formula en el sentido de que los principios penales de la culpa, dolo y preterintención, no sean tenidos en cuenta dentro del procedimiento sancionatorio administrativo, mientras que evoca la aplicación del procedimiento penal en lo relativo a la confesión, es también expresión de la aplicación de un indebido procedimiento en la actuación sancionatoria de la Superintendencia Bancaria, por lo menos en el caso examinado, puesto que norma alguna legal la autoriza para asumir que el balance es una confesión y que siéndolo, pueda eximirse de aplicar las normas que regulan la actuación administrativa en orden a preservar el derecho de defensa, o las aplique cercenando etapas que se consideran esenciales para que el mencionado derecho se entienda garantizado. Ni siquiera la flagrancia, con todo y lo que supone de evidencia en cuanto al ilícito y su autor, tiene en nuestro derecho sancionatorio la virtualidad constitucional de impedir o hacer innecesaria la aplicación de los principios implícitos en la norma 26 de la Carta, que por cierto, sólo acepta su no garantía en los precisos y excepcionales eventos señalados en su artículo 27.

Considera el apelante que el fallo impugnado adolece del vicio de extrapetita por cuanto se fundamentó en normas que no fueron invocadas como violadas en la demanda, lo cual tampoco se comparte por el suscrito ya que si bien, la sentencia apelada hace referencia o menciona normas legales no citadas en la demanda como objeto de violación por parte de la Resolución que declaró nula, dicha declaración tuvo como motivación directa y exclusiva, la violación del artículo 26 constitucional sobre derecho de defensa. Tan cierto es ello, que el propio apelante así lo reconoce cuando uno de los cargos que formula a la sentencia, el primero de los que plantea en sus memoriales, es el de que acepta la posibilidad de que se deduzca una violación directa al artículo 26 de la Carta, "olvidándose al parecer que no es factible violar "directamente" la Constitución cuando consagra un "principio", y, que la violación "indirecta" de la Constitución se presenta cuando previamente se demuestra la violación "directa" de la Ley concreta que desarrolla el principio constitucional" (fl. 136, exp. 1865).

No cree personalmente el suscrito Consejero, que una norma de derecho positivo, que atribuye a las personas un derecho sustancial, expresión acabada del régimen democrático y consecuencia necesaria del estado de derecho, como es el derecho de defensa deba supeditar su existencia a la existencia de normas que la desarrollen o la hagan efectiva y que sólo en tanto en cuanto estas existan y sean violadas pueda decirse que aquella sufre quebranto. No es admisible esta conclusión que más es resultado del pretendido imperio de la seudo-técnica jurídica sobre la lógica y que bien puede conducir a la conclusión absurda de que bastaría que el legislador se abstuviera de desarrollar las normas constitucionales que consagran principios para que los actos administrativos quedaran dotados de una especie de fuerza supraconstitucional y que de ellos no podría decirse que sean inconstitucionales pues de una parte, no pueden agraviar directamente la norma constitucional no mediatizada por la ley y de otra, tampoco pueden hacerlo indirectamente por la inexistencia de la referida ley. Así mismo, carecería de sentido la institución de la excepción de inconstitucionalidad consagrada a dar aplicación preferencial a las normas constitucionales cuando son objeto de agravio por parte de una ley toda vez que, aunque existiera la contradicción entre la norma legal y la constitucional, ésta no sería aplicable directamente.

*Guillermo Chahín Lizcano.*

Fecha: ut supra.

**SENTENCIA INHIBITORIA/** - Improcedencia/ **SANCION TRIBUTARIA**

**No puede predicarse que la demanda sea inepta y ello conduzca a un pronunciamiento inhibitorio en la sentencia, cuando entre las pretensiones se plantea el levantamiento de las sanciones de carácter tributario impuestas, como una consecuencia de la prosperidad de los cargos formulados contra los hechos que las determinan, así no hayan citado las normas que se consideren violadas con su imposición.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 2298. Actor: Flota Ayacucho S.A. Apelación de la sentencia de 18 de julio de 1988 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de revisión de liquidación de Impuestos sobre la renta por el año gravable de 1979. –FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por FLOTA AYACUCHO S.A., contra la sentencia de julio 18 de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del juicio de revisión de impuestos de renta relativo a la vigencia fiscal de 1979.

**ANTECEDENTES:**

La contribuyente demandó la nulidad de la opreción administrativa conformada por los actos por medio de los cuales la Administración de Impuestos

Nacionales de Bogotá le determinó oficialmente los impuestos sobre la renta por el año de 1979 y le impuso sanciones.

La liquidación oficial le determinó un impuesto a cargo de $ 10.178.779.oo y le impuso sanciones por inexactitud ($ 17.914.324) y por libros ($ 29.631), al paso que la contribuyente había liquidado sus impuestos en $29.974.

La determinación oficial del impuesto y las sanciones se generaron en adiciones de ingresos por diferencia contable ($ 1.491.242), por ingresos para terceros ($ 20.976.599) y por deducciones solicitadas y nó aceptadas ($ 5.109.612).

## LA SENTENCIA APELADA:

La providencia final del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es parcialmente favorable a las súplicas de la demanda por cuanto revisa algunos aspectos relacionados con la determinación de la renta, al encontrar que, no prospera el cargo relativo a la adición por $ 1.491.242, pero reconocerla prosperidad al cargo referente a la adición de la partida de $ 20.976.599, la cual adición se consideró desvirtuada por el contribuyente en cuantía de $ 19.761.216, así como también, al darle prosperidad parcial al cargo sobre adición en la partida de $ 5.109.612.11, la cual aceptó demostrada solamente en parte.

De otro lado, consideró que se debía pronunciar falta inhibitorio respecto de las sanciones impuestas por cuanto la demanda se estimaba inepta en razón de que no se hizo la citación de las normas que se reputaban violadas con su imposición.

## EL RECURSO DE APELACION:

Tanto del memorial que sirve para interponer el recurso como del que se presenta para sustentarlo colige la Sala que la apelación se contrae a la parte de la sentencia que declara la inhibición del a-quo respecto de las sanciones. No expresa la apelante inconformidad alguna con los aspectos que parcialmente fueron dejados en firme por el Tribunal, de la actuación administrativa.

La Sala, en consecuencia, sólo se pronunciará en relación con el objeto de la apelación así delimitado.

## OPOSICION DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES:

Dentro de la etapa procesal del traslado para sustentar el recurso de apelación corrido a la apelante, el delegado de la DIN presenta escrito para oponerse a la

apelación y para solicitar se confirme la providencia en cuanto a la decisión inhibitoria y se revoque en cuanto admitió la prosperidad parcial de los cargos de la demanda.

## EL CONCEPTO FISCAL:

La Señora Fiscal Sexto de la Corporación, doctora Dolly Pedraza de Arenas conceptúa que la sentencia apelada se debe mantener en cuanto a los aspectos que fueron reconocidos por el Tribunal en favor de la contribuyente, pero que debe ser revocada en lo referente a la inhibición para pronunciarse sobre las sanciones para en su lugar, producir fallo de mérito denegando las súplicas relativas a la sanción por libros y dismunuyendo la sanción por inexactitud en proporción a las adiciones que se encontraron desvirtuadas.

El parecer de la distinguida colaboradora Fiscal se expone así:

"En cuanto a la decisión inhibitoria sobre las sanciones por inexactitud y libros, la Fiscalía estima que debe revocarse. Si bien es cierto que en la demanda no se citan expresamente las normas que reglamentan la aplicación de la sanción por inexactitud, su naturaleza, respaldada por la clara petición de la demanda de que la sociedad no sea sancionada por hechos que no son inexactos, hace procedente que si declara la ilegalidad de las adiciones al ingreso y el rechazo de deducciones efectuadas por la Administración, también se declare la ilegalidad de la sanción, pues ésta es una consecuencia de aquella. Respecto de la sanción por libros, la contribuyente invocó el art. 40 del D. 2821 de 1974 y cuestionó su aplicación como pueda leerse a fl. 212. La decisión del Tribunal responde por tanto en nuestro sentir a un marcado rigorismo procesal que es violatorio del art. 4° del C., de P.C. que ordena que al interpretar la ley procesal no se debe pasar por alto la obligación del fallador de buscar la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial. La Sección Cuarta del H. Consejo bien ha dicho que: "una cosa es el rigorismo procesal que la Sala acoge, acata y prohija y otra el rigorismo a ultranza que es ajeno al derecho procesal que en últimas busca que se realice la ley sustancial al tenor del artículo 4° del Código de Procedimiento Civil".

"De manera que al lograr probar la sociedad demandante por medio de las declaraciones de renta de los terceros beneficiarios del ingreso, que parte de lo adicionado por la Administración, efectivamente correspondía a terceros, es obvio que desaparece el hecho que dió lugar a la aplicación de la sanción por inexactitud –omisión de ingresos propios– quedando ésta sin piso jurídico. Igual razonamiento cabe respecto a aquellas deducciones cuya relación de causalidad con la renta declarada fue suficientemente demostrada. No ocurre lo mismo en relación con la sanción por libros de contabilidad,

pues las imprecisiones contables en que incurrió, detectadas por la Administración, no han sido desvirtuadas. En consecuencia, consideramos que esta última debe mantenerse.

| RENTA | BASE | IMPUESTO |
|---|---|---|
| La gravada inicialmente | $ 27.659.726 | |
| Menos: Adición a la renta y deducciones que aceptó el Tribunal | $ 21.643.860 | |
| Renta gravable | $ 6.015.866 | $ 2.406.346 |
| Menos: Descuento especial para Sociedades Anónimas Nacionales | | $ 192.508 |
| Impuesto a cargo | | $ 2.213.838 |
| Más sanción por libros | | 29.631 |
| Más sanción por inexactitud hecha la disminución proporcional a lo aceptado por el Tribunal, sobre $ 823.981 al 200% | | $ 659.184 |
| **Total a cargo** | | $ 2.902.653 |

"Así las cosas la Fiscalía solicita que la sentencia apelada sea REVOCADA en cuanto el Tribunal se declaró inhibido para decidir sobre la sanción y en su lugar se deniegue el levantamiento de la sanción por libros y se acceda a disminuir la de inexactitud en proporción a las partidas aceptadas por la jurisdicción". (fls. 344 al 346).

## CONSIDERACIONES:

Ha sido posición reiterada de la Sección Cuarta la de considerar que no puede predicarse que la demanda sea inepta y ello conduzca a un pronunciamiento inhibitorio en la sentencia, cuando entre las pretensiones se plantea el levantamiento de las sanciones de carácter tributario impuestas, como una consecuencia de la prosperidad de los cargos formulados contra los hechos que las determinan, así no se hayan citado las normas que se consideren violadas con su imposición. Basta, de acuerdo con esta posición doctrinal, que es invocada por la apelante y que se comparte por la Fiscalía, para que la decisión deba ser de fondo, y en el caso, favorable parcialmente a la apelante, que la demanda haya sido objeto de pronunciamiento de mérito en cuanto a las pretensiones principales, para que las consecuenciales merezcan similar tratamiento.

'En el subexamine se tiene que la contribuyente logró demostrar que parte de los ingresos que se le adicionaron por la Administración Tributaria no podía ser tenida con dicho carácter y que en consecuencia su declaración en esa proporción aceptada como justificada, no era inexacta. Es una consecuencia lógica que se impone simplemente por la razón filosófica de las causas y los efectos: Desaparecida la causa, termina el efecto, sin que sea menester revestir esa desaparición de fórmulas sacrosantas, que pueden ser válidas para las pretensiones "causa" pero nó para las pretensiones "efecto". Lo contrario, es decir la posición sostenida en la sentencia, resulta ilógica y por ello mismo absurda, pues es tanto como admitir que puede desaparecer la causa dejando subsistente el efecto.

Por lo anterior, la Sala, en acuerdo con la opinión de la Fiscalía, otorga la razón a la apelante con respecto a la Sanción por inexactitud, la cual deberá ser liquidada, disminuyéndola en proporción a los reconocimientos logrados en la primera instancia, lo que arroja una sanción con causa por $ 659.184.oo. No se resolverá en forma favorable, en cambio, la pretensión sobre la sanción por libros y en este punto se denegará la súplica de la demanda, pues como acertadamente lo señala la Fiscalía, las imprecisiones contables en que incurrió la sociedad no fueron desvirtuadas, o lo que es lo mismo, no se hizo desaparecer la causa que la engendró.

La nueva liquidación quedará así:

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

**FALLA:**

1. REVOCASE el punto primero de la sentencia apelada en el que el Tribunal se declara inhibido para conocer sobre las sanciones por inexactitud y libros y en su lugar se deniega la súplica de la demanda con respecto a la sanción por libros y se disminuye la sanción por inexactitud la cual se establece en la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y CUATRO PESOS ($ 659.184.oo) MONEDA CORRIENTE.

2. CONFIRMASE el punto 2o., de la sentencia apelada.

3. MODIFICASE el punto 3o., de la sentencia apelada en el sentido de fijar en la suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS ($ 2.902.653.oo) MODEDA CORRIENTE el valor del Impuesto sobre la renta a cargo de la Sociedad

FLOTA AYACUCHO S.A., (NIT: 60.001.181) por la vigencia fiscal de 1979 de acuerdo con la liquidación inserta en la parte motiva de esta providencia.

4. REVOCASE el numeral 4° de la sentencia apelada, en cuanto estableció el saldo a pagar por la sociedad demandante, efectuando los descuentos de las sumas acreditadas como pagadas. La Administración de Impuestos de Bogotá establecerá dicho saldo con base en lo resuelto en este proveído.

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.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/ SANCION POR INEXACTITUD/ PRUEBA CONTABLE**

**La sanción por inexactitud en el certificado bimestral está ligada a la contabilización. El carácter excepcional del art. 7° del D. 570 de 1984 que permitió a algunos responsables afectar su inventario poseído al 31 de marzo de 1984, no se extiende a quienes no demostraron estar cobijados en los presupuestos de la excepción.**

**En el impuesto sobre las ventas la contabilidad tiene mayor relevancia, los responsables tanto del régimen común como del simplificado están obligados a llevar un registro auxiliar de ventas y compras y una cuenta de mayor o de balance, que se acredite el impuesto y se debite con el valor de los descuentos.**

**VIA GUBERNATIVA** - Agotamiento/ **ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO/ DELEGACION DE FUNCIONES**

**La limitación a la alegación de nulidades de los actos de liquidación de impuestos y sanciones en cuanto a sus causas y oportunidad que consagra el art. 57 de la Ley 52/77 en el sentido de que las únicas causales son las allí expuestas y la oportunidad para discutirlas es con el recurso de reconsideración, es un límite propio de la vía gubernativa pero que no alcanza a restringir las posibilidades de la defensa del contribuyente en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el art. 85 del Código Contencioso Administrativo y que tiene por fundamento las causales previstas en el 84 ibídem.**

**El acto general de delegación está amparado por la presunción de legalidad que mientras no sea desvirtuada ampara también a los actos particulares expedidos con apoyo en aquél.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2156. Actor: ALMACEN ANGELVI LTDA. Impuestos (Ventas) –FALLO–

Por vía de apelación el apoderado de la sociedad "ALMACEN ANGELVI LTDA", solicita se revoque la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia de fecha marzo 18 de 1988, que negó la nulidad de las Resoluciones Nos. 0002 y 0006 de enero 27 y 28 de febrero de 1986, proferidas por el Delegado del Aministrador de Impuestos de Medellín.

**ANTECEDENTES:**

En desarrollo de programas de fiscalización, la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, por medio de los Autos No. 098 y 101 ambos de noviembre de 1985, ordenó una visita de control a la contribuyente, para verificar el manejo del impuesto sobre las ventas.

En la Inspección practicada a los libros de contabilidad en cumplimiento de tal mandato, se encontró que por el período ABRIL-MAYO-JUNIO de 1984, se solicitaron descuentos por operaciones que ascendieron a la suma de $ 1.436.012 –que no fueron contabilizados dentro del mismo período, sino a 30 de diciembre, hecho que configura inexactitud de los datos consignados en los certificados de pago del trimestre citado.

En la respuesta de fecha 30 de diciembre de 1985, la empresa no desvirtuó los cargos que se le imputaron. Los argumentos en que basó la actuación fueron titulados por el funcionario fiscal, como contrarios a las normas que invocó como sustento legal.

La Administración Tributaria profirió entonces, la Resolución No. 0002 de 1986 que configuró la sanción e impuso la multa del 200% sobre el valor inexacto del certificado bimestral de pago. Esta providencia fue confirmada por Resolución No. 0006 del mismo año que desató el recurso de reposición interpuesto contra ella y agotó la vía gubernativa.

En desacuerdo con la decisión gubernamental, la sancionada acudió a la jurisdicción contenciosa en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Decreto 01 de 1984 para que se declaren nulos los citados actos administrativos y como consecuencia de lo anterior:

a) Se ordene a la Administración de Impuestos Nacionales, devolver la garantía bancaria por el 10% de la multa prestada para impugnarla por la suma de $ 287.202.40 y sus accesorios calculando el valor actualizado de la devolución al momento de la condena, de acuerdo con la devaluación del peso colombiano según certificado del DANE...

b) Se condene además a la Administración de Impuestos Nacionales al pago de intereses moratorios, causados desde el día en que se efectuó el pago de la multa del 10% y el día en que se haga la restitución en cumplimiento de la sentencia que se dicte...

Cita como normas violadas: el artículo 7° del Decreto 570 de 1984; el 49 del Decreto 3803 de 1982 y el 53 de la Ley 9a., de 1983.

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia de fecha 18 de marzo de 1988, negó las peticiones formuladas en la demanda, refuerza los argumentos expuestos para mantener la actuación fiscal y con fundamento en el artículo 135 del Decreto 01 de 1984 se inhibe de pronunciarse sobre la indebida delegación que predica el demandante, del Administrador de Impuestos, por cuanto considera que tal aspecto no fue debatido oportunamente ante las autoridades gubernamentales.

## DE LA APELACION:

En el memorial de apelación el apoderado insiste en sus pretensiones y para el efecto aduce con mas amplitud los argumentos consignados en la demanda y se pronuncia contra la inhibición en la sentencia apelada.

## EL MINISTERIO PUBLICO:

La señora Fiscal Sexta, Dolly Pedraza de Arenas es partidaria de confirmar la sentencia apelada por razones que esgrime en relación con cada uno de los cargos que hace el accionante a los actos acusados, los cuales sintetiza en tres: 1. Violación del artículo 7° parágrafo 2° del Decreto 570 de 1984; 2. Violación del artículo 49 del Decreto 3803 de 1982 y 3. Incompetencia del funcionario que profirió los actos.

En cuanto al primer cargo planteado la Fiscalía después de transcribir el artículo que cita, dice: "el demandante alega que la norma transcrita no establece como lo entiende la Administración, que el registro de la imputación debe hacerse dentro del período Fiscal y que si bien el Decreto 3541 de 1983, si exige "contabilizar" los descuentos en el respectivo período, esta es una norma general sobre

la cual prima el Decreto 570 de 1984, por ser posterior y especial para los nuevos contribuyentes".

> "La Fiscalía considera que son equivocados los planteamientos del accionante. Reiterada ha sido la jurisprudencia respecto a la estrecha vinculación que impone la ley entre el contenido de la declaración de ventas con los asientos debatidos y créditos que deben llevarse en el libro de cuenta corriente del impuesto y de la correspondencia que debe existir entre lo declarado y el resultado periódico de dicha cuenta. Así lo sostuvo el H. Consejo de Estado, entre otras, en sentencia de febrero 2 de 1978, Consejero ponente Jorge Dávila Hernández, al conocer la acción de nulidad incoada contra la circular 1-1-0011 de abril de 1976 de la Dirección General de Impuestos, en la cual se instruia sobre el particular en relación con la legislación de entonces. Y bien con el Decreto 3541 de 1983 se introdujeron reformas sustanciales al régimen del impuesto a las ventas, en esta materia la situación se mantuvo invariable, como puede apreciarse de lo dispuesto en el artículo 18 en que se prescribió: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 30 del presente Decreto, las deducciones e impuestos descontables de que tratan los artículos anteriores sólo podrán contabilizarse en el período fiscal correspondiente a la fecha en que se hubiere causado el derecho y solicitarse en la declaración respectiva". Y el art. 30: "Cuando se trata de responsables que deben declarar bimestralmente, las deducciones e impuestos descontables sólo podrán contabilizarse en el período fiscal correspondiente a la fecha de su causación o en uno de los períodos bimestrales inmediatamente siguientes y solicitarse en la declaración del período en el cual se haya efectuado la contabilización".
>
> "Pero es más, para los responsables cuyo período fiscal se fijó como anual y no se encuentran dentro del régimen simplificado, el art. 23 dispuso la obligación de "presentar al momento del pago correspondiente a cada uno de los bimestres, una certificación... en la que conste, entre otros, ... el valor de las deducciones de impuestos descontables, el *saldo a favor o a cargo de el respectivo período bimestral* y en su caso, los saldos a favor de períodos anteriores".

En cuanto al segundo cargo, considera también la Fiscalía que es improcedente la cita del artículo 49 del Decreto 3803 que hace, toda vez que la multa no se fundamentó en tal disposición fiscal sino en el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983 –armónico con el artículo 23 ibídem, por inexactitud de los datos de la certificación que debe acompañar el pago correspondiente a cada uno de los bimestres.

Se aparta del Tribunal en cuanto se abstuvo de pronunciarse en relación con la delegación, por considerar que hubo indebido agotamiento de la vía guberna-

tiva. Conceptúa la señora Fiscal que el agotamiento de la vía administrativa ocurre con la interposición de los recursos de ley contra el acto y la limitación en cuanto a los hechos alegables que regía en materia de impuestos en virtud del artículo 278 de la Ley 167 de 1941, no tiene aplicación en el Código Contencioso Administrativo vigente.

Sobre el exceso en el ejercicio de las facultades presidenciales se apoya en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en cuanto que la autoridad competente "tendrá que ser el Administrador de Impuestos o su delegado sólo cuando éste se halla previamente señalado en la ley" y recuerda que según el artículo 146 del Decreto 1651 de 1961 hay autorización general para delegar en subalternos mediante resolución.

En cuanto que el delegado, en este caso, sea de mayor jerarquía es un hecho alegado y no demostrado por el actor; antes bien aparece como funcionario de la Administración.

La Fiscalía concluye que la sentencia debe ser confirmada.

## CONSIDERACIONES DE LA SECCION:

1a. SOBRE LA VIOLACION DE PARAGRAFO 2$^{O}$ DECRETO 570 DE 1984.

Para la Sala merece respaldo las consideraciones en que se fundamentó la Fiscalía para conceptuar que no tuvo ocurrencia la violación del parágrafo 2o del artículo 7o del Decreto 570 de 1984, en el acto que se recurre.

Del simple análisis de los artículos 18-30, y 23 del Decreto 3541 de 1983 que ella cita, es fácil concluír que la obligación de contabilizar los Impuestos descontables dentro del lapso fijado en el artículo 7$^{0}$ del Decreto 570 de 1984 (Reglamentario del anterior) es clara.

Las normas tributarias deben interpretarse armónicamente dentro del contexto general de la materia, no unas independientes de otras, y el artículo en controversia no es la excepción.

Por lo demás y como respaldo a las anteriores razones de orden jurídico el tema no puede analizarse independientemente del aspecto contable, pues éste es parte esencial del problema.

El Titulo IV del Código de Comercio y demás normas sobre la materia regulan lo concerniente a los libros y papeles del comerciante que son los que le permiten dar cuenta y razón de todas sus operaciones, en beneficio propio y de

todos los que de una u otra manera se vinculan a él. Con ellos el Estado controla el cumplimiento de la obligación tributaria.

Por esta razón los libros de contabilidad están sujetos al cumplimiento de una serie de requisitos que sin ellos no podrían suministrar una historia materialmente verdadera de los negocios del comerciante.

Es así, como el artículo 53 del Código de Comercio establece que en los libros se asentaran en orden cronológico las operaciones mercantiles y el artículo 57 del mismo estatuto, prohíbe alterar en los asientos el orden de las operaciones, dejar espacios que faciliten intercalaciones o adiciones en el texto, hacer interlineaciones, raspaduras, borrar, tachar, arrancar hojas, etc., so pena de multas, acciones penales y de que no tengan valor legal como prueba en favor del comerciante.

Por su parte el artículo 33 del Decreto 2821 de 1974, determina también que para efectos fiscales deben ellos mostrar fielmente el movimiento diario de ventas y compras, hacer posible *ejercer un control efectivo* y reflejar la situación económica de la empresa.

En el impuesto sobre las ventas la contabilidad tiene mayor relevancia, los responsables tanto del régimen común como del simplificado están obligados a llevar un registro auxiliar de ventas y compras y una cuenta mayor o de balance, que se acredite con el impuesto y se debite con el valor de los descuentos (Capítulo X Decreto 3541 de 1983).

Las declaraciones tributarias deben ser fiel reflejo de la contabilidad de los contribuyentes, de tal manera que los resultados periódicos de la cuenta corriente deben coincidir con los datos informados en el denuncio fiscal.

Pero hay algo más. El artículo 7° del Decreto 570 de 1984 fue una norma excepcional y de efecto transitorio que permitió a algunos responsables del impuesto a las ventas afectar el inventario poseído al 31 de marzo de 1984 en consideración a que el nuevo estatuto regulador de este gravamen, o sea, el D.E. 3541 de 1983 empezó a regir en su mayor parte el día 1° de abril de 1984.

Los responsables a quienes el artículo comentado les permitió el ajuste mencionado fueron únicamente: "los nuevos contribuyentes" o sea, quienes no lo eran antes y vinieron a serlo en virtud del nuevo estatuto y los productores e importadores de "bienes gravados no producidos ni importados por ellos".

La demandante en ningún momento demostró estar colocada en los casos excepcionales sino que quiso darle un efecto general al parágrafo 2° de dicha norma que, como se explicó, tuvo efectos muy reducidos.

2. SOBRE LA VIOLACION DEL ARTICULO 49 DEL DECRETO 3803 DE 1982.

En relación con la sanción por inexactitud impuesta en el acto recurrido y que el impugnante agrega no se configura por cuanto se trata de errores de criterio y apreciación sobre el derecho aplicable "entre "Almacén Angelvi Ltda" y la oficina de impuestos, es pertinente anotar:

La sanción por inexactitud está creada por la ley fiscal para penar distintas irregularidades cometidas por el sujeto pasivo de la obligación Tributaria y diferentes también son las modalidades de la sanción. Unas veces castiga la omisión de ingresos, la inclusión de costos, deducciones, descuentos etc, y en general la utilización de datos o factores equivocados incompletos o desfigurados en las declaraciones de los cuales se derive un menor impuesto para el contribuyente como en el art. 49 del Decreto 3803 de 1982.

Otras veces castiga la omisión de activos, o la inclusión de pasivos inexistentes y otras, como ocurre en el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983 sanciona con multa al responsable cuando los datos de la certificación a que hace referencia el artículo 23 del mismo decreto, fueren inexactos y ésta fue la que se configuró en el acto administrativo que se controvierte. De manera que por esta razón y no otra es improcedente la alegada violación del artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, pues ésta no fue la norma legal en que se sustentó.

3. SOBRE LA INCOMPETENCIA DEL FUNCIONARIO QUE PROFIRIO LOS ACTOS ACUSADOS.

Este tema que fue planteado por primera vez en la demanda ante el Tribunal, fundamentalmente radica en que el actor considera que el artículo 55 del Decreto 3541 de 1983 no le daba sustento a la delegación hecha por el Administrador de Impuestos Nacionales al Director Técnico del programa de Fiscalización del Impuesto a las Ventas para aplicar la sanción por inexactitud de que trata el mismo artículo.

Se basa en que las facultades otorgadas al Presidente por el art. 53 de la Ley 9a., de 1983 para actualizar y armonizar el impuesto a las Ventas con la situación económica del país, no comprendía las de establecer delegaciones, que deben ser expresas y concretas, no podía modificar la estructura administrativa señalada en el correspondiente estatuto que es el Decreto 074 de 1976. Por tales

motivos dice el recurrente que cabe la inaplicabilidad del art. 55 del Decreto 3541/83 en clara referencia al art. 215 de la C.N. aunque no lo menciona.

Sin embargo, es necesario despejar primero si puede o no considerarse este planteamiento en atención a que la incompetencia del funcionario delegado nunca se le planteó a la Administración sino que vino a hacerlo el apoderado de la empresa en la demanda ante lo Contencioso Administrativo.

Por este motivo el Tribunal se abstuvo de considerarlo con base en el art. 135 del C.C.A., que pregona el agotamiento de la vía gubernativa como requisito para acudir a la contenciosa. En la apelación se critica esta posición argumentando errónea interpretación del art. 135 que no exige plantear los mismos motivos expuestos en la vía gubernativa y en que al permitir que ésta se desenvuelva sin abogado son previsibles las fallas jurídicas en las reclamaciones directas de los contribuyentes.

Sobre este tópico la Fiscal Sexta participa de la misma idea al considerar que la limitación a los hechos alegables que regía en materia de impuestos en virtud del art. 278 de la Ley 167/41, no tiene aplicación en el nuevo Código Contencioso Administrativo.

Es preciso pues, discurrir sobre estos dos temas:

a) El agotamiento de la vía gubernativa y

b) La incompetencia del delegado.

## AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA:

Una de las mas notorias características del proceso contencioso administrativo que lo distingue del judicial ordinario, es la exigencia de la discusión previa con la Administración.

Esta condición para la procedencia de la llamada acción de nulidad y restablecimiento del derecho y para la admisión de la demanda, está consagrada en el Código Vigente en el art. 135 que en la nueva versión (art. 22 Decreto 2304 de 1989) dispone: "La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio administrativo".

La necesidad de esta previa discusión ya estaba anunciada desde antes en el mismo Código en cuyo artículo 82 está definido el objeto de esta jurisdicción al decir que "está instituida por la Cosntitución para juzgar las controversias y

litigios administrativos originados en la actividad..." de la administración pública, de tal suerte que de no existir previa controversia o litigio con ella, no se puede concretar la actividad jurisdiccional.

Del mismo Código en su primera parte se encarga de definir que "el agotamiento de la vía gubernativa se produce cuando los recursos interpuestos hayan sido decididos o denegados por silencio administrativo" (art. 63 C.C.A).

El problema de determinar si ante la jurisdicción es posible plantear temas no propuestos ni discutidos ante la administración no está clara y específicamente regulado en nuestra legislación positiva por lo que resulta un discutido tema de interpretación. En este terreno se ha considerado que los alcances de las normas citadas debe establecerse con base, no en la aplicación de los principios dispositivo o inquisitivo, sino en la mayor o menor extensión de caracter de REVISORA de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Cuando tuvo en mayor grado dicho caracter, como en el Código de 1941 en el que inclusive el juicio se llamaba "especial de revisión de Impuestos" y existía la restricción probatoria del artículo 278 de ese estatuto, podía pensarse en la tesis de la imposibilidad de plantear puntos nuevos.

Pero en el Código vigente (Decreto 01 de 1984 y 2304/89) esa restricción no tiene tanto alcance. Lo que se requiere es una identidad de la **pretensión** pero no de los fundamentos de derecho. Sobre el tema se rescata lo expuesto en la sentencia del 20 de junio de 1986 (Ponente: Enrique Low Murtra) Expediente No. 0058:

> "Acoge la Sala lo dicho por el señor Agente del Ministerio Público al referirse a la doctrina de esta Corporación contenida en la sentencia del 18 de marzo de 1976, ya reiterada varias veces por esta misma Corporación. Los hechos que se presentan en la vía gubernativa imponen el marco de la demanda en términos generales; no se aceptan nuevos hechos pero se permite sí que el actor traiga mejores argumentos jurídicos: a) una exigencia tan formalista como la que exige el Tribunal no la establece la ley y el intérprete en la aplicación de la norma no puede ir más allá de la ley; b) a ello cabe añadir los argumentos de equidad traídos a colación por el señor Fiscal; c) finalmente no ha dicho la Corporación que no se pueden presentar mejores argumentos en el debate jurisdiccional. Lo que ha rechazado el Consejo es la presentación de hechos nuevos no manifestados en el debate en la vía gubernativa. Una cosa son los hechos, otra cosa los argumentos de derecho. Es obvio que en este asunto el argumento central de la litis siempre ha oscilado alrededor del rechazo de $ 2.930.000 por compras de ganado.
>
> ..."

(Anales 1986 - primer semestre página 436).

Este mismo criterio aplicado al caso que se debate indica que el acto administrativo impugnado consiste en la multa impuesta a la sociedad demandante por haber incurrido en inexactitud en un certificado bimestral del Impuesto a las Ventas y la pretensión ha estado centrada únicamente en el tema de la multa y su causa; el argumento traído a la jurisdicción de incompetencia del funcionario que la impuso tiene íntima vinculación y aunque ciertamente constituye un argumento nuevo, no por ello puede desestimarse de plano su consideración.

Conviene aclarar que la limitación a la alegación de nulidades de los actos de liquidación de impuestos y sanciones en cuanto a sus causas y oportunidades que consagra el artículo 57 de la Ley 52 de 1977 en el sentido de que las únicas causales son las allí expuestas y la oportunidad para discutirlas es con el recurso de reconsideración, es un límite propio de la vía gubernativa pero que no alcanza a restringir las posibilidades de la defensa del contribuyente en el ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 cuyo fundamento está dado en las causales del artículo 84, que aunque comprende prácticamente a todas las del art. 57 de la Ley 52 de 1977, tienen aquellas un mayor significado.

Por estas consideraciones la Sala se aparta del criterio inhibitorio del Tribunal y procede a estudiar la causal alegada.

## INCOMPETENCIA DEL FUNCIONARIO QUE IMPUSO LA MULTA

Toda la argumentación del apelante basada en la inaplicabilidad del artículo 55 del Decreto 3541/83 no es atendible en el caso que se debate, en el que la multa discutida fue impuesta por un funcionario de la Administración (no de la Dirección General) amparado por la delegación que se le hizo mediante Resolución No. 1315 del 19 de noviembre de 1985 que no fue impugnada y conserva su validez.

Dicha providencia es un acto administrativo general amparado por la presunción de legalidad que no ha sido desvirtuada, de donde los actos particulares en que se apoyan quedan igualmente amparados por la misma presunción.

Aún interpretando la demanda en el sentido de que la inaplicabilidad del art. 55 del Dec. 3541/83 se refiere a dicha providencia, no se encuentra argumentación alguna en contra o ajustada a la declaratoria de exequibilidad de la expresión "o su delegado" hecha por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 17 de junio de 1984.

Por estas breves consideraciones no es aceptable el cargo de incompetencia del funcionario que impuso la multa.

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

**FALLA:**

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de Origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

**ACLARACION DE VOTO**
**DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO**

Referencia: Expediente No. 2156. Actor: Almacén Angelvi Ltda.

Como estoy de acuerdo con la decisión adoptada por la Sección pero he mantenido cordial discrepancia conceptual con mis compañeros de la misma en cuanto al aspecto relativo al agotamiento de la vía gubernativa simplemente deseo explicitar que mi criterio al respecto no solo se limita a aceptar la posibilidad de plantear en la demanda argumentos nuevos a los esgrimidos en los recursos administrativos, como se sostiene en la sentencia, sino que llega hasta considerar posible el planteamiento de hechos o pretensiones nuevos y diferentes a los discutidos en la vía gubernativa.

*Guillermo Chahín Lizcano.*

Fecha: ut supra.

**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Improcedencia/ **SANCION TRIBUTARIA/ LEY EN EL TIEMPO**

**El hecho de que al momento de producirse el fallo de la vía gubernativa, no existiere la norma que tipificaba la sanción no da lugar a invocar la favorabilidad existente en materia penal, por tratarse de dos disciplinas jurídicas distintas y por ende diferentes también en el campo de su aplicación.**

**En lo que respecta a la aplicación de la ley en el tiempo, es principio general que las leyes rigen para el futuro, que no son retroactivas aunque en ciertos casos y por excepción puedan serlo. (Ejercicio Fiscal de 1984).**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2229. Actor: COMERCIAL PRADA MORALES Y CIA. LTDA. C/LA NACION. Impuestos –FALLO–

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de abril de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulado por la Sociedad "COMERCIAL PRADA MORALES Y CIA LTDA", con relación al Impuesto sobre Renta determinado a su cargo por el período gravable 1984.

## ANTECEDENTES:

Por encontrarse en período de liquidación la sociedad reclamante presentó declaración de renta por el lapso comprendido entre el 1o., de enero a marzo de 1984, que radicó en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá el 9 de julio del mismo año.

Previo los requerimientos administrativos previstos por los artículos 30 y 42 de la Ley 52 de 1977, la agencia fiscal practicó la liquidación de Revisión No. 200029 de fecha junio 21 de 1985, que corrigió la renta presuntiva mal determinada en el denuncio fiscal y aplicó la correlativa sanción de corrección prevista por el artículo 46 del Decreto 3803 de 1982 y la sanción del 2% sobre la omisión de la identificación del beneficiario de las compras solicitadas como costo en cuantía de $ 52. 801.367.

La liquidación oficial fue recurrida y la División de Recursos Tributarios de la citada Administración, por medio de la Resolución No. 000035 de febrero 7 de 1986 modificó parcialmente el acto atacado, rebajó la sanción por corrección aritmética en virtud de lo previsto por el artículo 52 del Decreto 3803 de 1982, y mantuvo la correspondiente a la omisión que le fuera impuesta con fundamento en el artículo 59 del Decreto 3803 de 1982 tal como quedó modificado por el artículo 16 del Decreto 398 de 1983.

Incoada la acción contenciosa administrativa la actora por medio de apo-derado insiste en que la actuación que impugna es confiscatoria, conclusión que establece en los estados financieros de la sociedad transcritos en la demanda y la confrontación entre el capital de la empresa y la cuantía de la obligación tributaria a cargo del ente jurídico.

Sustenta su aseveración en los artículos 30 de la Constitución Nacional y 31 de la Ley 52 de 1977 que considera violados.

Analizados los alegatos presentados por la recurrente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca deniega las súplicas de la demanda. Estima el a-quo que la tasación de un gravamen con observancia de las leyes existentes sobre la materia no dan lugar a que se tilde aquel de confiscatorio.

> "La obligación fiscal que en un momento dado puede ser considerada de confiscatoria, es aquella, injusta por su monto o por falta de causa jurídica. Circunstancias que no se dan en el caso sub-lite, pues si bien es cierto que su cuantía superó el valor del patrimonio, no lo es menos que, su determinación tuvo como base la aplicación estricta de la ley".

De manera pues, que la actuación administrativa estuvo ajustada a derecho y no configura quebrantamiento alguno de las normas que invocan en la defensa.

## DE LA APELACION:

En el memorial sustentario presentado por la sociedad contribuyente, el apoderado concreta la inconformidad con la sentencia objeto de instancia, en el hecho de no haberse aplicado en ella la favorabilidad de las normas sancionatorias del Decreto 2503 de 1987, que eliminaron la penalización de la conducta omisiva en que incurrió la declarante al presentar el denuncio fiscal.

Solicita se revoque la sentencia y se levante la sanción impuesta con fundamento en el artículo 59 del Decreto 3803 de 1987, norma expresamente derogada por el Decreto 2503 de 1987.

## DE LA PARTE OPOSITORA:

El delagado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, además de oponerse a las pretensiones de la demanda, solicita se resuelvan éstas en forma desfavorable.

Sostiene que la sanción que controvierte el accionante está legalmente fundamentada en los artículos 59 del Decreto 3803 de 1982 y 16 del Decreto 398 de 1983, sin que pueda afirmarse que es confiscatoria o que ha desconocido el principio de equidad y de justicia que debe tener en cuenta el funcionario administrativo al momento de determinar la obligación fiscal a cargo del contribuyente.

## CONCEPTO FISCAL:

El Fiscal Tercero de la Corporación se muestra de acuerdo con las observaciones que formula el a-quo, razón por la que solicita se confirme la sentencia recurrida.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El actor ataca primero la liquidación de Revisión que le practicó la Administración de Impuestos Nacionales por el período gravable de 1984, por confiscatoría, y después solicita se levante la sanción que le fuera impuesta a la sociedad por omisión en la información que debió suministrar respecto a las compras que efectuó durante el año, por cuanto considera que al momento de producirse el fallo correspondiente a la demanda que la impugnó, estaba ya derogada la disposición legal en que se fundamentó.

La obligación fiscal que se cuestiona corresponde a la sanción que originó la omisión del cumplimiento de deberes de información que debió suministrar la sociedad con su denuncio rentístico, más no al tributo de renta propiamente dicho que le corresponde pagar por el mismo período. Si bien es cierto que teórica y doctrinariamente los tributos no pueden alcanzar tal magnitud que hagan ilusorio el derecho de propiedad que ampara la Constitución Nacional, no lo es menos que las consecuencias que se derivan del quebrantamiento de las normas que los establecen no quedan cobijados dentro de los mismos parámetros, porque los impuestos no son penas.

LA CONFISCACION está prohibida como pena por el art. 34 de la C.N., pero no caen dentro de las previsiones de ésta norma las multas o sanciones que se desprenden del incumplimiento de los deberes formales, que la ley asigna a sus administrados para facilitar la acción estatal en busca de la efectividad de aquellos.

Además, como lo sostiene el a-quo, la obligación fiscal que en un momento dado puede ser considerada confiscatoria es aquella injusta por su monto o falta de causa jurídica, hecho que no es el que se configura en el caso que se controvierte, por cuanto la sanción tuvo su asidero en la ley existente en el momento de la transgresión.

En relación con la segunda solicitud, dos son los aspectos base de consi-deración: uno, el principio de la favorabilidad de la ley penal posterior al hecho que se castiga y otro, la vigencia de la ley en el tiempo.

En cuanto al primero existe jurisprudencia reiterada de esta Corporación sobre la materia.

Se ha dicho: las normas administrativas su manera de ejecutarse y los procedimientos son diferentes del ramo penal.

> "Mientras que en el derecho penal se trata de castigar una falta o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado".
>
> "Esto sin excluír que ciertas conductas de los contribuyentes puedan constituir verdaderas infracciones a la Ley Penal, en cuyo caso obviamente los preceptos de este derecho son aplicables".
>
> "Resulta de ello, que todas las teorías jurídicas valederas en el derecho penal no son aplicables a este caso, y se vé por ejemplo, que el juez fiscal descarta el principio, no obstante ser clásico, de la aplicación de la ley penal mas benigna, o de no acumulación de penas porque las "reglas particulares

especialmente aplicables a la represión de contravenciones a las leyes y reglamentos propios de las contribuciones indirectas constituyen excepción en este punto a los principios generales del derecho" (Potiers, 20 dc. 1929, D.H. 1930, 122). Es lo que explica que la competencia en materia de aplicación de esas sanciones se atribuye a veces al juez fiscal, quien decide, "como en materia de contravenciones". (Trotabas Louis Précis de Science et legislation Financieres, Dalloz 1935 No. 404 et pas sim). (Sentencia 6 marzo /87, Exp. 0290 Actor: Singer Machine Company, Consejero ponente: Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque).

En tal virtud el hecho de que al momento de producirse el fallo de la vía gubernativa, no existiere la norma que tipificaba la sanción no da lugar a invocar la favorabilidad existente en materia penal, por tratarse dedos disciplinas jurídicas distintas y por ende diferente también el campo de su aplicación.

En lo que respecta a la aplicación de la ley en el tiempo, es principio general que las leyes rigen para el futuro, que no son retroactivas aunque en ciertos casos y por excepción puedan serlo. Es decir que los hechos o actos están regulados por las normas existentes al momento de su ocurrencia.

Está demostrado que la conducta omisiva en que incurrió la demandante fue sancionada con normas vigentes en el momento de la transgresión, que para entonces no se había expedido el Decreto 2503 de 1987 que expresamente derogó el artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, de manera pues que no le era dado a la Administración como pretende el demandante aplicar de oficio disposiciones que no regían por el período en que tuvo ocurrencia el hecho que se sancionó.

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:**

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de Origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

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

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

# SECCION QUINTA

**CONCEJO MUNICIPAL** - Facultades/ **COMISIONES PERMANENTES/ PRINCIPIO DE REPRESENTACION PROPORCIONAL**

**Sea cual fuere el procedimiento de integración de las comisiones, el acto es electoral, así no ocurra por elección directa que efectúe el cabildo. Bien puede serlo por delegación en la mesa directiva del concejo o en una comisión accidental de la misma Corporación, con tal de que se observe el principio de la representación proporcional establecido en el art. 172 de la C.N.**

**ACTO COMPLEJO/ ACTO ELECTORAL**

**La pretensión de nulidad del acto electoral de integración de las comisiones no podía dejar de lado ese acto de delegación, habida cuenta que por él tiene en principio validez la integración de las comisiones, aunque sólo en lo atañedero al procedimiento seguido para ello. En esos dos actos se presenta unidad de contenido y de fin y se fusionan las voluntades del Concejo en pleno y de la mesa directiva, órganos administrativos de la misma entidad pero en plano de dependencia.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.*- Bogotá, D.E., febrero diecinueve (19) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. E-0340. Actor: César Hoyos Salazar. Recurso de apelación contra la sentencia calendada a 26 de septiembre de 1989, que profirió el H. Tribunal Administrativo del Quindío en proceso de nulidad contra la resolución de integración de Comisiones Permanentes del Concejo Municipal de Armenia.

Por apelación, que únicamente interpuso el actor, conoce la Corporación de la sentencia de fecha septiembre 26 de 1989, en cuya virtud el H. Tribunal Administrativo del Quindío se declaró inhibido para fallar de mérito en el proceso seguido por demanda que propuso el señor César Hoyos Salazar, en su propio nombre, solicitando invalidar la Resolución No. 006, de agosto 4 de 1988, por la que la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Armenia integró las Comisiones Permanentes del Cabildo.

No observándose causal de nulidad en lo actuado y previo concepto del señor Fiscal Séptimo colaborador, acorde a la sentencia que se impugna, se pasa a decidir tomando en cuenta los siguientes

## ANTECEDENTES:

1. Fundamentos fácticos y jurídicos de la acción. Los primeros se hacen consistir en el hecho de que la Mesa Directiva del H. Concejo Municipal de Armenia, con apoyo en facultad que le otorgó la Corporación mediante proposición aprobada de modo unánime en sesión del 1o., de agosto de 1988, dictó la Resolución acusada para integrar, como comisiones permanentes de ese Cabildo, las de Presupuesto, del Plan, de Obras públicas, de Salud y de Acción Social.

En concepto del actor, es ilegal la designación que así se hizo de los integrantes de las prementadas comisiones, toda vez que corresponde al concejo, por atribución indelegable, integrar las comisiones "... eligiendo con aplicación del cuociente electoral...", como tuvo ocasión de señalarlo en sesión del cabildo correspondiente al 5 de agosto de 1988, que no encontró eco en la Corporación. Además, porque la resolución acusada no incluyó a todos los concejales en las comisiones permanentes, pues omitió "... Concejales Principales de otras tendencias políticas y en su lugar incluye Concejales Suplentes, no obstante que los Suplentes sólo reemplazan a los principales cuando éstos estén excusados legalmente (art. 40 del Acuerdo 23 de 1977)...".

Esa pretensión de nulidad la sustenta en el art. 172 de la Constitución Nacional, cuyo desconocimiento alega por no haberse efectuado la integración de las Comisiones Permanentes del Cabildo mediante elección por los Concejales, con aplicación del procedimiento del cuociente electoral.

También aduce la violación de los artículos 109, 381 y 382 del Decreto 1333 de 1986, –Código de Régimen Municipal, vigente–, en cuanto la primera de esas normas atribuye expresamente al Concejo Municipal la integración de sus comisiones permanentes, lo que sólo puede hacer mediante elección, y en forma tal que cada uno de los concejales principales quede perteneciendo por lo menos a una comisión y a no más de dos, conforme lo expresa su segundo inciso.

La de los artículos 381 y 382 del aludido Código, porque el concejo no integró las comisiones permanentes mediante elección, con aplicación del cuociente electoral previsto en el art. 172 de la Carta Política.

Insiste en sostener que la función de integrar las comisiones permanentes compete exclusivamente al Concejo Municipal y es indelegable "... por su naturaleza electiva...", previendo el art. 109 del Decreto 1333 de 1986 la manera de subsanar la falta de integración de las mismas, de donde concluye que la Mesa Directiva del Cabildo de Armenia incurrió en vicio de incompetencia al proferir la resolución acusada.

Alegó igualmente, infracción del art. 40 del Acuerdo 24 de 1977, al parecer contentivo del Reglamento del Concejo Municipal de Armenia, del que no obra copia en los autos. Esa circunstancia impide el examen de su posible violación por el acto acusado.

2. Del concepto Fiscal en primera instancia. Conceptuó el colaborador del a-quo a favor de las pretensiones de la demanda, por estimar que con el acto acusado se desfiguró o cambió "... el sistema de elección..." de las comisiones permanentes del Concejo, pues no se encuentra atribución constitucional que permita delegar esa función en la Mesa Directiva y, también, porque no se aplicó el procedimiento del cuociente electoral que garantiza la representación de las minorías en esas comisiones.

Estimó, empero, que el actor se quedó corto en la determinación del acto administrativo cuya nulidad impetra, habida cuenta que también debió demandar la nulidad de la proposición No. 1, de 1o., de agosto de 1988, por la que el concejo facultó a su Mesa Directiva para integrar las Comisiones Permanentes. Sin embargo, en su concepto es subsanable esa omisión solicitando por su cuenta la nulidad del mencionado acto, con fundamento en la previsión contenida en el artículo 2° de la Ley 50 de 1936.

3. La sentencia recurrida. El Tribunal Administrativo del Quindío, luego de declarar no probadas las excepciones propuestas por la impugnante, examinó lo concerniente a los órganos que intervinieron en la formación del acto de integración de las comisiones permanentes del Concejo Municipal de Armenia para el período constitucional 1988-1990, que lo fueron el concejo, como delegante, y la mesa directiva de la corporación, como delegataria, por cuanto la atribución de la última para proferir la Resolución 006, de agosto 4 de 1988, provino de la proposición No. 1 de agosto 1o., del mismo año, que la facultó al efecto. De allí infiere que, como acto complejo, se lo debió demandar integralmente pues, "... Aunque se trata de pronunciamientos distintos, proferidos por diferentes organismos de la administración, ambos se dirigen a adoptar una sola

decisión y aquéllos, independientemente considerados, no alacanzan a constituir actos autónomos o con existencia jurídica separada..." (folio 59 fte).

Concluye que, habiendo el actor acusado solo parte del acto complejo que debió demandar, no es dable hacer pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto sino proferir sentencia inhibitoria, como así lo decidió.

4. El recurso de apelación. Recurrió el actor del ameritado fallo sosteniendo, inicialmente, que no había lugar a sentencia inhibitoria por cuanto no demandó un acto complejo sino el de nombramiento de comisiones permanentes del concejo de Armenia, efectuado por órgano incompetente como que lo legal era la elección por el concejo aplicando el cuociente electoral.

En escrito posterior reafirma que la demanda no pudo encaminnarse contra un acto administrativo complejo, por cuanto la proposición del concejo facultando a su mesa directiva para integrar las comisiones permanentes "... es un acto administrativo sujeto a control jurisdiccional por la vía del proceso ordinario de nulidad; mientras el acto de nombramiento de esas Comisiones está sujeto a control jurisdiccional por la vía del proceso electoral...". Cita en apoyo de esa tesis auto de octubre 26 de 1986, (Consejero Ponente Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque, Exp. E - 083, actor Pedro Pablo Camargo), en el que se sostiene que el acto de elección es independiente del de confirmación, cuando ese requisito se estipula, como que "... no dice la ley, ni podría hacérselo decir el intérprete, que la caducidad se contará a partir del día siguiente a aquel en que se verifique la confirmación, pues ello iría en contra de claros principios de hermenéutica jurídica y el precepto claro de la norma legal...". Por ello, agrega, "... las consideraciones de la Agencia Fiscal se refieren a un caso de acción de restablecimiento del derecho, que difiere por lo mismo de la acción electoral. En esta acción es indiscutible que el acto acusado debe ser el de elección o nombramiento, no otro. Además, la ley no prevé que los actos de elección de las Comisiones Permanentes sean fruto de un acto del Concejo delegando en la Mesa Directiva y un acto de esata nombrando, para que pueda predicarse el caracter de complejo...". (fl. 68 fte).

5. Concepto del señor Fiscal Séptimo de la Corporación. Respecto del meollo de la cuestión, el colaborador del Ministerio Público consigna las siguientes apreciaciones:

> "La integración de las comisiones que hacen las diferentes corporaciones públicas, no es otra cosa que la designación de grupos conformados por sus propios miembros, con el fin de que atiendan frentes de trabajo específicos, facilitando así el funcionamiento y el desarrollo de las atribuciones que le son propias a la respectiva corporación. En el caso específico de los cabildos municipales, el artículo 109 del C.R.M., establece:

"Art. 109. *Los concejos integran comisiones permanentes* encargadas de rendir informe para segundo debate a los proyectos de acuerdo, según los asuntos o negocios de que estas conozcan y el contenido del proyecto. si dichas comisiones no se hubieran creado o integrado, los informes se rendiran por las comisiones ad hoc que la presidencia nombre para el efecto (sic).

"Todo concejal deberá hacer parte de una comisión y en ningún caso podrá pertenecer a más de dos comisiones permanentes" (se subraya).

"Si bien es cierto que la integración de las comisiones permanentes es atribución de los concejos municipales, pues ella está reglamentada, y para el caso concreto esa reglamentación está contenida en el artículo 382 del Decreto 1333 de 1986, que a la letra dice:

"Art. 382. A fin de asegurar la representación proporcional de los partidos, *cuando se vote por dos o más individuos en* elección popular o *en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral*" (se subraya).

La norma transcrita es muy clara en su contenido: tratándose –como en el presente caso– de una elección de dos o más individuos que efectúa una corporación pública, como lo es el Concejo Municipal de Armenia, forzosamente debe aplicarse el sistema del cuociente electoral.

La integración de las comisiones supone la elección previa de sus miembros, y la aplicación de un sistema, el del cuociente electoral. Y si en este caso la mesa directiva del Concejo Municipal de Armenia integró las comisiones permanentes con base en una facultad que le delegara el cabildo, esta circunstancia por sí sola no cambia, contra lo que crea la parte impugnadora, el carácter electoral del acto que se demanda. El sistema empleado por la Mesa Directiva para integrar las mencionadas comisiones es un asunto independiente que tiene que ver con el debido o indebido procedimiento empleado para la expedición del acto administrativo que contiene la decisión y esta es materia diferente que como tal exige otro análisis que determinaría la legalidad o ilegalidad del acto demandado.

La proposición número uno, aprobada por el Concejo Municipal de Armenia en su sesión del primero de agosto de 1988, reza:

"El Honorable Concejo Municpal de Armenia le otorga facultades a la Mesa Directiva de la Corporación Edilicia para que; integre las Comisiones Permanentes. Presentada a consideración de los Honorables Concejales Juan Zuluaga Herrera y Orlando Martínez Callejas, puesta en consideración y sometida a votación es aprobada por los Honorables Ediles presentes" (sic).

No cabe duda que la proposición transcrita constituye un verdadero acto administrativo, en donde todos los elementos que son esenciales para su existencia y eficacia están presentes, toda vez que él fue proferido por el Concejo Municipal de Armenia dentro de los límites de su competencia, cuya voluntad perfectamente exteriorizada y aprobada por todos los Ediles se manifestó al otorgar facultades a una comisión –la de la Mesa Directiva– para integrar las comisiones permanentes.

El efecto que produjo la proposición aludida se plasmó en la Resolución No. 066 de agosto de 1988, tantas veces mencionada, cuya característica de acto administrativo no se pone en duda. Se ha dicho que la existencia del acto complejo surge "del mandato de la ley o de la necesidad de la concurrencia de dos o más perosnas u órganos administrativos en la formación de la voluntad administrativa".

La primera eventualidad, de las dos mencionadas, se presenta v.gr. en la expedición de una ordenanza en cuyo proceso de formación concurren la voluntad de la Duma Departamental que la expide –art. 2° Ley 4a de 1913– y la del funcionario que la sanciona que regularmente es el Gobernador y excepcionalmente el Presidente de la misma Corporación –artículo 81 del Decreto 1222 de 1986. Evidentemente, esta no es la situación que corresponde al caso que nos ocupa.

La Resolución No. 066 de 1988, aquí demandada, proferida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Armenia, requirió para su expedición del concurso de otra voluntad administrativa, la del cabildo municipal de Armenia que mediante la proposición 001 de primero de agosto de 1988 permitió la existencia del primero de los actos mencionados; la segunda surgió como producto del primero. Este acto cuenta con varias características señaladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado que indefectiblemente lo identifican en el acto complejo, entre otras, su unidad de contenido y de fin y la fusión de las voluntades de los órganos que concurrieron a su formación, pero además es indudable que los dos actos mencionados están tan estrechamente ligados que separados no tendrían existencia jurídica (sic).

El planteamiento que precede desvirtúa el del recurrente que, en un exceso de rigorismo, sostiene que al no prever la Ley que el acto de elección de las comisiones permanentes es un acto complejo no puede predicarse de él este carácter. En consonancia con lo expresado, y a juicio de esta agencia Fiscal, la sentencia calendada el 26 de septiembre de 1989, fue proferida conforme a derecho. (folios 79 a 81 fte).

## CONSIDERACIONES:

1. La norma que dispone la integración de Comisiones Permanentes en los Concejos Municipales :"... encargadas de rendir informe para segundo y tercer

debate a los proyectos de Acuerdo, según los asuntos o negocios de que éstas conozcan y el contenido del proyecto...", constituye innovación en la organización y funcionamiento de estas corporaciones, consagrada inicialmente en el art. 67 de la Ley 11 de 1986, reproducido por el art. 109 del Decreto 1333 de 1986. En la legislación anterior a la citada Ley 11 no se estatuia la integración obligatoria de comisiones permanentes para el estudio de los proyectos de Acuerdo, que debían ser aprobadas cuando menos por la mayoría absoluta de los miembros de la respectiva Corporación únicamente en dos debates, cumplidos en dos días distintos, salvo los que expidieran los Concejos de las Capitales de Departamentos y de los municipios a que se refería la Ley 89 de 1936, que debían serlo en tres debates cumplidos en tres días distintos. (Art. 173 de la Ley 4a. de 1913 y art. 6° de la Ley 89 de 1936).

Además en los precitados artículos de la Ley 11 y del Decreto 1333 de 1986 no se habla de elección sino de integración de las comisiones permanentes, a diferencia de lo que respecto de las cámaras legislativas prevén el art. 72 de la Carta Política en su primer inciso, y la Ley 17 de 1970 en su art. 16 así:

> Art. 72 de la C.N. Cada cámara elegirá, para períodos no menores de dos años, comisiones permanentes que tramitarán el primer debate de los proyectos de ley.
>
> ...
>
> Art. 16 de la Ley 17 de 1970. Con excepción de las del Plan y de Presupuesto, en cuanto no se opongan a lo estatuído en el artículo 172 de la Constitución, las Comisiones Permanentes se elegirán por el sistema del cuociente electoral, previa inscripción de listas. Con todo, si los partidos o sectores políticos representados en la respectiva Cámara se ponen de acuerdo en un lista total de las Comisiones, o de parte de ellas, ésta podrá ser votada en bloque. De igual manera, si se trata de reemplazar a un miembro de una comisión, bastará una proposición aprobada por la Cámara respectiva, con el asentimiento del reemplazo.

No obstante, es de entender que en la integración de dichas comisiones por los concejos municipales, cualquiera sea el medio aplicado para ello, se debe seguir el sistema del cuociente electoral..." a fin de asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos...", acatando el principio de la representación proporcional de los partidos y grupos políticos, fundamental en nuestra organización electoral (art. 172 de la Constitución Política).

Por ello, sea cual fuere el procedimiento de integración de las comisiones el acto es electoral, así no ocurra por elección deirecta que efectúe el cabildo, como lo cree necesario el actor. Bien puede serlo por delegación en la mesa

directiva del concejo o en una comisión accidental de la misma corporación, con tal de que se observe el principio de la representación proporcional establecido en el art. 172 de la C.N., habida cuenta que integrar es simplemente "Formar las partes un todo o completar uno un todo con las partes que faltaban", al decir de la Real Academia Española (diccionario Vigésima Edición, Tomo IV).

Consiguientemente, la integración de las comisiones permanentes efectuada por la Mesa Directiva del Concejo de Armenia, en ejercicio de las facultades conferidas mediante la proposición No. 1 de 1o., de agosto de 1988, no es objetable como acto administrativo de elección. Podría serlo en cuanto a la falta de aplicación del cuociente electoral, salvaguardia de la representación proporcional de los partidos y grupos políticos en esas comisones, o en cuanto de ellas se hubiera excluido a algunos concejales principales o, también, si en elllas se designó a concejales suplentes sin haberse presentado falta absoluta o temporal de los principales de la respectiva lista.

Pero esos aspectos de impugnación, que también fueron aducidos por el actor, no son dables de examinar, habida cuenta que en el proceso se presenta causal de inhibición para proferir sentencia de mérito. En efecto, como bien lo destacaron los fiscales colaboradores en ambas instancias y lo acogió el a-quo, ella dimana del hecho de ser acto administrativo complejo el que produjo la designación de los miembros de las Comisiones Permanentes del Cabildo de Armenia, mediante la Resolución No. 006 de agosto 4 de 1988, por cuanto a ello procedió la mesa directiva en ejercicio de la atribución que le delegó la Corporación. Sin esa facultad delegada ningún valor tendría la Resolución en cita, razón bastante a estimar indispensable que la pretensión de nulidad fuera encaminada también contra la proposición No. 1 de agosto 1o., de 1988, como que ella es el sustento jurídico del acto de elección realizado por la Mesa Directiva; a su vez, tampoco resultaría pertinente dirigir la pretensión, como lo sostiene el recurrente, por la vía del proceso ordinario de nulidad contra la referida proposición, como quiera que ella por sí sola no produjo efectos en orden a la integración de las comisiones permanentes del Cabildo. Ella es, apenas, el acto de delegación que dá apoyo jurídico a la resolución acusada. Por tanto, la pretensión de nulidad del acto electoral de integración de las comisiones no podía dejar de lado ese acto de delegación, habida cuenta que por él tiene en principio validez la integración de las comisiones, aunque solo en lo atañedero al procedimiento seguido para ello.

Los actos complejos, al decir del profesor Manuel María Díaz, citado por el Consejo de Estado en sentencia de 28 de julio de 1980 (Consejero ponente Dr. Jacobo Pérez Escobar), son "... los que resultan del concurso de voluntades de varios *órganos de una misma entidad* o de entidades públicas distintas, que se unen en una sola voluntad. En todo caso es necesario para

que exista un acto complejo que haya unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para formar un acto único. En el acto complejo la voluntad declarada es única y resulta de la fusión de la voluntad de los órganos que concurren a formarla o de la integración de la voluntad del órgano a que se refiere el acto. Si las voluntades que concurren a la formación del acto son iguales, el acto se forma por la fusión de las distintas voluntades; si son desiguales, por la integración en la principal de las otras...". Y agrega el autor citado: "por lo demás, cuando las voluntades concurrentes a la formación del acto complejo pertenecen a la misma entidad, se dice que se trata de un acto complejo interno. Si las voluntades pertenecen a distintos entes habrá complejidad externa...". Y al enumerar los rasgos del acto complejo, en el fallo aludido se dice ser el que:

"a) Tiene unidad de contenido y unidad de fin;

b) Hay fusión de las voluntades de los órganos que concurren a su formación, y

c) Es el producto de la intervención de dos o más funcionarios u órganos, los cuales pueden estar colocados en un plano de igualdad o de dependencia y que pueden pertenecer a una misma entidad o a varias distintas.

d) La serie de actos que lo integran no tienen existencia jurídica separada e independiente...".

Esas características precisamente se dan respecto de la proposición No. 1 del 1o., de agosto de 1988, que por unanimidad aprobó el Concejo de Armenia, y de la resolución No. 006, del 4 de los mismos mes y año, por la que fueron integradas por la mesa directiva las comisiones permanentes del Cabildo. En esos dos actos se presenta unidad de contenido y de fin, y se fusionan las voluntades del concejo en pleno y de la mesa directiva, órganos administrativos de la misma entidad pero en plano de dependencia.

Por lo demás, la citada resolución no tiene existencia jurídica separada e independiente, como que depende de las facultades delegadas mediante la proposición No. 1, que tampoco produjo efectos por sí sola en orden a la integración de las Comisiones Permanentes del Concejo.

Es de anotar que la tesis del recurrente, apoyada en providencia de la que fue ponente el H. Consejero Hernán Guillermo Aldana Duque, según la cual el acto de elección es independiente del de confirmación, cuando se exige ese requisito, resulta al presente inválida ante la modificación que respecto de la caducidad de la acción electoral introdujo la Ley 14 de 1988 en el parágrafo del art. 7º (artículo 28 de la Ley 78 de 1986), según el cual ese término "... se contará

a partir de la fecha en la cual se confirme la designación o nombramiento...". Ello implica que la elección o nombramiento y su confirmación constituyen acto complejo, que impone su demanda conjunta cuando se pretende la anulación. Así lo sostuvo esta Sala en sentencia calendada el 27 de enero de 1989, a la que pertenece el siguiente acápite:

> "Lo anterior hace que la demanda adolezca de ineptitud formal, por carecer de un elemento integrador del acto administrativo, y que es, precisamente, el que hace eficaz el acto de elección. Hasta que la confirmación y subsiguiente posesión no se produce, aquella solamente genera una simple expectativa a ocupar el cargo, sin efectos en orden a la investidura oficial..." (Exp. E-136, Actor: Pablo Edgar Gómez Gómez, Consejero Ponente: Amado Gutiérrez Velásquez).

Finalmente, en lo que hace a la pretendida facultad para subsanar la ineptitud de la demanda, aducida por el señor Fiscal de primera instancia con apoyo en lo previsto en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, cabe observar que el Ministerio Público puede pedir la declaración de nulidad absoluta "...en el interés de la moral o de la Ley...", pero solo respecto de un contrato afectado de nulidad por objeto o causa ilícita, y no para suplir la obligación del actor de individualizar con toda precisión el acto jurídico demandado, según mandato del artículo 138 del C.C.A.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, acorde 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 septiembre 26 de 1989, en virtud de la cual el H. Tribunal Administrativo del Quindío se declaró inhibido para decidir el fondo de la cuestión sobre que versa 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.

*Euclides Londoño Cardona*, Presidente de Sala; *Miguel González Rodríguez*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Jorge Penén Deltieure*.

*Octavio Galindo Carrillo*, Secretario.

## PRINCIPIO DE EFICACIA DEL VOTO

**Pretender que el principio de la eficacia del voto consagre la arbitraria apreciación de la cantidad de votos ilegalmente consignados para invalidar o no el acta de escrutinio, equivaldría a revertir el proceso electoral de tolerancia con el fraude y todos los demás vicios que desvirtúan el sufragio, sustrato e instrumento insustituible del régimen democrático.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.*- Bogotá, D.E., diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. E- 0338. Actor: Rogelio E. Pimienta Castro. Apelación de la sentencia de fecha agosto 5 de 1989, que profirió el H. Tribunal Administrativo del Magdalena en proceso de nulidad contra el acto declaratorio de la elección de concejales para el municipio de Santa Marta en el período 1989 a 1990.

Por apelación, oportunamente interpuesta por el señor Eduardo Enrique Llanes Silvera en su calidad de demandado y que su apoderado circunscribió a lo desfavorable al apelante, conoce la Corporación de la sentencia de la referencia, en cuya virtud el H. Tribunal Administrativo del Magdalena declaró la nulidad del acto declaratorio de la elección de concejales para el municipio de Santa Marta, en el período 1988-1990. Para ese efecto invalidó los registros electorales correspondientes a las mesas de votación Nos. 1, 2, 3 y 4 del Puesto 02 (Barrio Manzanares), de la zona electoral No. 03 del municipio de Santa Marta y el acta parcial, correspondiente a la declaración de elección de concejales, del escrutinio general practicado por los delegados

del Consejo Nacional Electoral, de las elecciones efectuadas el 13 de marzo de 1988 en la precitada capital, disponiendo la práctica de nuevo escrutinio con exclusión de los votos afectados con la declaratoria de nulidad y teniendo como base un total de votos válidos distinto del que sirvió en el escrutinio parcial invalidado para extraer el cuociente, por cuanto del total tenido en cuenta con ese objeto se excluyeron los votos en blanco, por "error aritmético".

Tramitada la segunda instancia conforme a las previsiones procedimentales y no observando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se decide lo que en derecho corresponde partiendo del examen de los siguientes

## ANTECEDENTES:

1. Fundamentos de la acción. Los hechos aducidos para fundamentar la pretensión de nulidad del acto declaratorio de la elección de los susodichos concejales, se expresan diciendo que el 13 de marzo de 1988 se efectuaron en la capital del Departamento del Magdalena los comicios para elegir concejales de esa ciudad, pero que en el correspondiente escrutinio los jurados de votación de las mesas Nos. 1, 2, 3, 4 y 5 del puesto de votación No. 02, de la zona electoral No. 03 (Barrio Manzanares), incurrieron en graves irregularidades. También, que en las citadas mesas de votación aparecen sufragando personas con números de cédulas que no les corresponden, y otras que sin obrar sus números de cédula en la lista de sufragantes también votaron, totalizando ocho (8) votos irrregulares en la mesa No. 1, cuatro (4) en la No. 2, uno (1) en la No. 3 y tres (3) en la No. 4. Que en el acta de escrutinio de la mesa No. 2, los jurados atribuyeron al señor Eduardo Llanes Silvera un total de 45 votos, no obstante haber obtenido apenas seis (6), atribución irregular de votos en favor del mismo candidato que también efectuaron quienes escrutaron las Mesas 1, 3, 4 y 5 del aludido puesto 02 de la Zona 03. Afirma el actor, asímismo, que los jurados de votación de las mesas en cuestión escrutaron más votos de los que figuran en las correspondientes listas de sufragantes, todo ello en favor del señor Llanes Silvera, retiraron votos emitidos en favor de otros candidatos y sustituyeron las papeletas, y que se produjo la sustracción del registro general de votantes de la mesa No. 5 de la zona y puesto electoral en mención, para imposibilitar la comprobación del fraude que allí se cometió. Agrega que las actas de escrutuinio de las mesas citadas aparecen con firmas que no corresponden a los jurados de votación, y que hubo fraude en esas mesas en favor del señor Llanes Silvera, por cuanto la lista por él encabezada obtuvo más votos, no obstante pertenecer a un grupo disidente, que la oficial del partido liberal encabezada por el Dr. Miguel Pinedo Barros, respaldada por los dos sectores o movimientos políticos de mayor caudal electoral en Santa Marta.

El concepto de la violación lo expresa el actor afirmando que hubo transgresión de los incisos segundo y cuarto del artículo 223 del C.C.A., por cuanto el voto de ciudadanos con números de cédula que no les correspondían y el de quienes sufragaron sin que el número de cédula obre en la lista de sufragantes, determina la falsedad o apocrifidad de los registros electorales o de los elementos que sirvieron para su formación, lo que conclleva la nulidad de la elección conforme al inciso 2°, de la norma en cita, ocurriendo lo propio en relación con la atribución a un candidato, en el acto del escrutinio, de un número de votos mayor del realmente obtenido.

También argumenta que al no tomar en cuenta los votos en blanco para obtener el cuociente electoral, se incurrió en causal de anulación por violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Política y Leyes de la República, conforme a las voces del inciso 4° del artículo aludido. Y aunque señala la dificultad de su comprobación, también indica como transgredido el inciso 1° de la misma norma, por la introducción de papeletas en las urnas, todas del candidato Llanes Silvera, sustituyendo las utilizadas por ciudadanos que legalmente sufragaron.

2. La sentencia de primera instancia. Previo cuidadoso y exhaustivo concepto de su colaborador Fiscal, en el que de modo razonado y preciso fija el alcance de la prueba allegada en relación a los cargos formulados por el actor, el Tribunal de primera instancia desató el contencioso con el fallo que es objeto del recurso. Acogiendo en su integridad el criterio del Ministerio Público, declaró probada la causal de nulidad invocada con fundamento en el inciso 2°, del artículo 223 del C.C.A., en cuanto resultaron falsos los registros electorales de las mesas de votación 1, 2, 3 y 4 del puesto No. 02, zona 03 del Municipio de Santa Marta, habida cuenta que, mediante inspección judicial y el previo informe del Jefe de División de Cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, constató que en el registro general de votantes (Formularios E-5) de dichas mesas aparecen números de cédula que no figuran en la respectiva lista de sufragantes (Formularios E-3).

Consideró, también, que al no incluir en el cómputo de los votos válidos el total de los en blanco consignados en la elección de concejales de Santa Marta para obtener el cuociente, como lo dedujo del simple examen del Formulario E-7, contentivo del acta de escrutinio parcial realizado por los delegados del Consejo Nacional Electoral sobre los votos emitidos el 13 de marzo de 1988, se desconoció lo previsto en el artículo 137 del Decreto 2241 de 1936 (Código Electoral vigente). Sin embargo, no concluyó reconociendo la causal de nulidad invocada por el actor apoyándose en el inciso 4° del Art. 223 del C.C.A., pues al afirmar la prosperidad del cargo concluyó que no daba lugar a nulidad de mesa alguna ".,.. sino para tenerlo en cuenta al hacer el nuevo

escrutinio que como consecuencia de las actas anuladas, se ordenará...". Por el contrario, desestimó lo concerniente a los cargos formulados con base en pretensa atribución de mayor votación, de la realmente obtenida, al candidato Eduardo E. Llanes Silvera, como que el efectuado en la inspección judicial el recuento de los votos consignados a favor de éste en la mesa No. 2 del puesto y zona dichos, así como la revisión de la fotocopia del acta de escrutinio (Formulario E-6) de la misma mesa, encontró que fueron 45 y no 6 los votos obtenidos por el candidato en mención y que simplemente hubo error de apreciación de esa realidad, de los Delegados del Consejo Nacional Electoral, por falta de correspondencia en los renglones del formulario del escrutinio con los textos. Además, ninguna prueba se allegó para acreditar el cargo respecto de las otras mesas indicadas en la demanda, las Nos. 1, 3, 4 y 5 del Barrio Manzanares, por lo que el *a-quo* concluyó desestimándolo. A la misma decisión llegó respecto del cuarto cargo, que se fundamentó en la causal de nulidad del precitado art. 223 del C.C.A. en su inciso 1° por pretensa sustracción de votos válidamente consignados sustituyéndolos con papeletas del candidato Llanes Silvera, por cuanto ningún elemento de convicción se allegó al respecto.

3. Sustentación del recurso de apelación. El impugnante y demandado, Eduardo E. Llanes Silvera, radica su inconformidad en la errónea o indebida apreciación de lo que la División de cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil denominó inconsistencias de los jurados de votación, que el juzgador de primera instancia evaluó como falsedad o apocrifidad de los registros electorales. Además, porque considera que uno o unos pocos votos irregulares no pueden llevar a nulitar cantidades muchísimo mayores de sufragios no controvertibles, pues que ello además de quebrantar la voluntad popular genuina y auténtica, repugna a la justicia, a la equidad y a la ética, fuera de perturbar la paz y la tranquilidad.

A su turno, al descorrer el traslado para alegar el apoderado del apelante precisa aún más los fundamentos del recurso, para solicitar que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se denieguen todas las pretensiones de la demanda. Señala que en virtud del principio de la "*reformatio in pejus*" no podrá la Sala enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, por lo que se abstiene de referirse a los cargos desestimados en el fallo de primera instancia. Así, entonces, pasa a ocuparse de las inconsistencias encontradas en los formularios E-3 y E-5 de las mesas de votación 1, 2, 3 y 4 del puesto 02 de la Zona 03 de Santa Marta, que sirvieron de fundamento a la declaración de nulidad conforme a la causal del art. 223, inciso 2o del C.C.A., calificándolas de simples equivocaciones naturales de los jurados de votación al anotar la cédula de los electores en el registro general de votantes, "... ya que el número de estos instrumentos que se reputan falsos está correcto en todos sus dígitos, menos en uno, en todos los casos que señala la sentencia...".

Agrega, que no se está en esos eventos en presencia de documentos electorales falsos y apócrifos sino con errores leves que no tendrían por qué llevar a anular los registros correspondientes.

Además, dice, porque ha sido jurisprudencia reiterada de la Corporación, que no hay nulidad "... si proporcionalmente, como en el caso que comentamos, es exigua la votación irregular frente a la votación total de cualquier registro electoral...", transcribiendo en apoyo de esa tesis la sentencia proferida en el expediente No. 0303, con ponencia del H. Consejero Jorge Penén Deltieure. Concluye, por este aspecto, sosteniendo que cómo no todas las irregularidades tenidas en cuenta en la sentencia fueron determinadas en la demanda, el *a-quo* falló extra o *ultra petita* no obstante ser rogada la justicia en derecho electoral.

Seguidamente pasa a referirse a la solicitud de anulación, denegada en la sentencia, atañedera con la alegada atribución en el escrutinio de la mesa No. 02, del Barrio Manzanares, de 45 votos al candidato Llanes Silvera, que no los seis (6) que se afirma obtuvo, error de apreciación resultante del acta de escrutinio claramente dilucidado en el fallo.

Y por último, sostiene que el error aritmético no podía servir de fundamento a la prosperidad del tercer cargo, habida cuenta que por lo previsto en el art. 17 de la Ley 62 de 1988, modificatorio del art. 233 del C.C.A., ese vicio desapareció como causal de nulidad y sólo es al presente motivo de reclamación, por estar consagrado en el numeral II) del artículo 192 del Código Electoral.

4. El concepto del colaborador del Ministerio Público. El señor Fiscal Octavo colaborador, luego de sucinta relación de las distintas etapas del proceso, consigna su criterio, así:

> "Esta Fiscalía comparte los argumentos expuestos por el señor Agente del Ministerio Público en la primera instancia como por el Tribunal, en relación con este primer cargo hecho en el libelo, tomando en cuenta las diferentes pruebas allegadas al proceso tales como el informe rendido por el Jefe de la División de Cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil en Bogotá, inspección judicial, donde se comprobó diferencias en la numeración de las cédulas de ciudadanía de algunos sufragantes en las mesas de votación 1, 2, 3 y 4 del Puesto de Votación 02 de la Zona Electoral 3 del Barrio Manzanares del Municipio de Santa Marta, incurriéndose en la causal 2a., de nulidad de las Actas a que se refiere el artículo 224 del C.C.A., (sic) que dice que son nulas dichas actas "cuando aparezca que el registro es falso o apócrifos o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

El apelante sostiene que en la sentencia de primera instancia se afirma que el Acta de Escrutinio de la Mesa 2 del Puesto 2 de la Zona Electoral 3 de Santa Marta es falsa o apócrifa porque en ella aparecen anotados 45 votos a favor de Eduardo Llanes Silvera, quien sólo obtuvo 6, pero ello no se acreditó, pero se observa que en la mencionada sentencia, se dijo:

"Fácilmente se aprecia tanto por la aclaración hecha con relación con el acta de escrutinio de los jurados de votación de esta mesa 2, como del conteo de votos que se hizo, que los votos correspondientes a Eduardo Llanes Silvera son 45 y no 6 como se dice en la demanda. Esta parte del segundo cargo, entonces. no prospera.

Lo mismo hay que decir de la segunda parte de este cargo, ya que no hay elementos en el proceso que demuestren que el Candidato al Concejo Eduardo Llanes Silvera se le hubieran adjudicado más votos de los realmente consignados por él en las cinco mesas mencionadas, y tampoco se ha acreditado que en cada una de las mesas se hubiera escrutado un número de votos superior al que aparece en el respectivo registro de votantes. Esta parte del segundo cargo, por consiguiente, tampoco prospera".

Como puede apreciarse, el Tribunal del Magdalena no aceptó este cargo formulado en el libelo.

Con relación al error aritmético alegado, se aprecia que de acuerdo con los elementos de juicio que obran en el proceso, para determinar el cuociente electoral no se tuvieron en cuenta los 78 votos en blanco emitidos, los cuales son válidos y deben tomarse en cuenta para obtener tal cuociente, según el artículo 29 de la Ley 06 de 1985, disposición que fue conservada por el artículo 137 del Decreto 2241 de 1936, Código Electoral. Por tanto, al efectuarse el nuevo escrutinio tales 78 votos en blanco deben ser estimados y valorados.

Es preciso determinar que la Ley 62 de 1988 entró a regir el 14 de diciembre del citado año, y por tanto, se aplica a situaciones que se presentaron a partir de esta última fecha y no aquellas que tuvieron lugar antes de entrar a regir tal disposición.

El artículo 17 de la Ley 62 de 1988 eliminó las causales de reclamación a que se refiere el artículo 192 del Decreto Ley 2241 de 1936 como causales de nulidad de las Actas de Escrutinio, pero mientras duraron rigiendo sus efectos legales, es decir, se aplican a situaciones que se presentaron durante su imperio. Por consiguiente, aquellos procesos que se iniciaron cuando las citadas disposiciones se hallaban en vigor, deben aplicarse al producirse el fallo correspondiente, porque no es admisible jurídicamente quitarles sus efectos durante el tiempo que estuvieron gobernando.

Considera esta Agencia del Ministerio Público que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena en este proceso el 5 de agosto de 1989, debe confirmarse, como así lo solicita, respetuosamente al H. Consejo de Estado" (folios 326 a 328 fte).

## CONSIDERACIONES:

Innecesario resulta un nuevo examen de los elementos de convicción allegados al infolio, como que el realizado por el señor Fiscal del a-quo, compartido integralmente por dicho juzgador y por el señor colaborador del Ministerio Público en esta instancia, satisface por su precisión analítica y claridad expositiva las exigencias de la más rigurosa crítica probatoria. Así, entonces, ninguna duda abriga la Sala en cuanto a la plena demostración de que se presentaron inconsistencias en los registros electorales de las mesas 1, 2, 3 y 4, del puesto No. 02 de la Zona Electoral No. 03 de Santa Marta para las elecciones del 13 de marzo de 1988, inconsistencias que afectaron el escrutinio de esas mesas y, consecuentemente, la declaratoria de elección de concejales de dicha capital para el período 1988- 1990. También, que por inexplicable omisión no fueron tomados en cuenta los votos en blanco, entre los votos válidos emitidos en ese debate electoral, al determinar el cuociente para concejales de Santa Marta.

Se impone aludir, en cambio, a los planteamientos del recurrente y su apoderado, en los que además de cuestiones de hecho, se aducen interpretaciones de las normas que consagran las causales de nulidad en los procesos electorales.

Así, el impugnante demandado afirma que se apreció errónea o indebidamente las aludidas inconsistencias, habida cuenta que lo que apenas fue incorrecta anotación de las cédulas de ciudadanía de los electores, por parte del jurado de votación, lo consideró el *a-quo* elemento falso o apócrito. Sin embargo, por ese aspecto se observa que el informe del Jefe de la División de Cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil consigna esa explicación, no obstante lo cual expresa que la confrontación de las inconsistencias no fue sólo numérica sino alfabética respecto de las aludidas cuatro mesas del puesto 02, Zona 03 de Santa Marta (folios 1 y 2 del cuaderno No. 1 de pruebas), de donde se infiere que los votos consignados con los números de cédula que no coinciden en un dígito con el de la lista de sufragantes, fueron fraudulentos. De no ser así, por cuanto la disparidad se limitó a la diferencia de un dígito en el número de las cédulas, posiblemente por error en su anotación en el registro general de votantes, ella habría quedado al descubierto en la confrontación alfabética efectuada por la Registraduría Nacional y, más aun, era fácil

acreditarlo con el testimonio de uno o de algunos de los electores titulares de esas cédulas.

Esas inconsistencias, establecidas por la Registraduría Nacional numérica y alfabéticamente, y confirmadas por el a-quo en inspección judicial, son elementos que falsearon el escrutinio de las respectivas mesas y, por consiguiente, el parcial de concejales, determinando que prospere la nulidad de su declaratoria de elección.

Pero también alegan el recurrente y su apoderado, que por la exigua cantidad de los votos irregulares, en total doce (12) en las cuatro mesas cuyas actas de escrutinio anula la sentencia, tampoco había lugar a esa sanción, por cuanto con ello se desconoce la voluntad genuina y auténtica de un número muchísimas veces mayor de electores, cuyos sufragios no controvertibles sería injusto e inequitativo invalidar. Al respecto pide el apoderado la aplicación del principio de la eficacia del voto como jurisprudencialmente se lo ha entendido, transcribiendo en apoyo de su pedimento apartes de fallo de esta misma Sección Quinta, con la que concluyó el proceso de nulidad de la elección de Alcalde de Riohacha (Exp. 0303, sentencia de junio 23 de 1989, Consejero ponente Dr. Jorge Penén D). Ese planteamiento impone anotar que el principio de la eficacia del voto tal como está consagrado en el artículo $1^{o}$, ordinal $3^{o}$ del Decreto 2241 de 1936, se refiere a la interpretación de las normas electorales. Por elaboración jurisprudencial se lo ha extendido a situaciones fácticas, pero cuando los "...errores o vicios de procedimiento... no adulteran ni obedecen a la intención de adulterar la verdad de las urnas...", como muy precisamente lo consignó el H. Consejero Joaquín Vanin Tello, expediente E-054 en providencia de mayo 4 de 1987.

Es que el criterio de no invalidar el registro electoral, cuando la cantidad de las inconsistencias es muy pequeña en relación con el total de la votación, genera dificultades de apreciación, imposibles de dilucidar, mientras no exista disposición legal que establezca un porcentaje mínimo de votación irregular que vuelva anulable el correspondiente registro. En efecto, qué cantidad de votos fraudulentos es exigua y, por ende, no constitutiva de fundamento de anulación del registro electoral? O, en otras palabras, ¿hasta qué porcentaje de votos inválidos es tolerable? Mientras el legislador no determine ese aspecto numérico, un solo voto fraudulento debe ser suficiente para invalidar el registro, cuando ese voto pueda adulterar la verdad de las urnas.

Pretender que el principio de la Eficacia del Voto consagre la arbitraria apreciación de la cantidad de votos ilegalmente consignados para invalidar o no el acta de escrutinio, equivaldrían a revestir el proceso electoral de tolerancia con

el fraude a todos los demás vicios que desvirtúan el sufragio, sustrato e instrumento insustituible del Régimen Democrático.

Finalmente, en cuanto atañe a la ilegal determinación del cuociente, por la no inclusión de los votos en blanco entre los restantes votos válidos, aspecto que el *a-quo* calificó de simple error aritmético no constitutivo de nulidad, y que el apoderado del recurrente aduce como improcedente, en virtud de la preceptiva que respecto de los motivos de reclamación establece el art. 17 de la Ley 62 de 1988, cabe hacer las siguientes precisiones:

Sea la primera, señalar que la omisión anotada contraría expreso mandato legal, el inciso 2° del art. 137 del Decreto 2241 de 1936. Y como el desconocimiento de esa preceptiva conduce a la obtención de un cuociente electoral erróneo, no cabe duda que con ello se violó el procedimiento electoral adoptado en el art. 172 de la Carta Política y en la ley, lo que constituiría causal de nulidad del acto declaratorio de la elección de concejales. Sin embargo, no es dable ahora decidirlo así, habida cuenta que la apelación se interpuso solo contra lo desfavorable al recurrente, aunque por ese aspecto el erróneamente denominado por el a-quo error aritmético surte sus efectos en la ejecución de la sentencia, con la práctica del nuevo escrutinio a que dá lugar la nulidad declarada por la prosperidad del primer cargo; y la segunda que carece de razón el señor apoderado del recurrente cuando argumenta que las causales de reclamación estatuidas en el art. 192 del Código Electoral no podían tenerse en cuenta en este proceso como causales de nulidad, y más específicamente la del error aritmético que pudiera haberse producido en la suma de los votos consignados en las actas de escrutinio (Numeral 11), tal como lo tuvo establecido el art. 65 de la Ley 96 de 1985 modificatorio del art. 223 del C.C.A., por cuanto el art. 17 de la Ley 62 de 1988 suprimió esa causal de nulidad de los registros electorales.

Es que por efecto de la regla general de la irretroactividad de la ley, las previsiones de la Ley 62 de 1988 no son aplicables a hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia, gobernados por las disposiciones aplicables al momento en que ellos tuvieron ocurrencia. Así lo dilucidó esta Sección, al recoger su jurisprudencia de la purga de ilegalidad como efecto de la nueva ley que suprimió como causales de nulidad electoral las de simple reclamación, en sentencia de fecha 21 de septiembre de 1989, exp. 0326, Consejero ponente Dr. Euclides Londoño Cardona, y en sentencia de 25 de los mismos mes y año, proferida en el proceso de nulidad de la elección de alcalde de Barranquilla, Exp. 0323, Consejero Ponente: DR. Miguel González Rodríguez.

Por lo expuesto al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en pleno acuerdo con el concepto del señor Fiscal Octavo

colaborador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Magdalena el cinco (5) de agosto de 1989 en el presente proceso.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión verificada en la fecha.

*Euclides Londoño Cardona*, Presidente de Sala; *Miguel González Rodríguez*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Jorge Penén Deltieure*.

*Octavio Galindo Carrillo*, Secretario.

**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL/ COMPETENCIA/ CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/ PROVISION DE CARGOS**

**La norma constitucional que impone a las asambleas "organizar la contraloría departamental y elegir contralor para un período de dos años", ha sido interpretado en el sentido de que mediante ordenanza se debe efectuar la organización de la Contraloría, pero que la provisión del titular del cargo no requiere de ordenanza sino de simple elección.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.*- Bogotá, D.E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. E-0349. Actora: Martha Cecilia Castaño C. Recurso de apelación contra el auto de fecha 6 de diciembre de 1989, proferido por el H. Tribunal Administrativo del Quindío.

Ante el Tribunal Administrativo del Quindío se demandó la nulidad del acto electoral de que dá cuenta el Acta No. 010 de 3 de octubre de 1989, de la Honorable Asamblea de esa Sección del país, en cuanto dicha corporación eligió al Sr. Saúl Giraldo García en el cargo de auditor interno de la Contraloría Departamental. Igualmente, se solicitó la suspensión provisional del acto acusado.

Sobre este último aspecto hubo pronunciamiento del a-quo denegatorio de la medida impetrada, lo que llevó a la actora a interponer el recurso de que ahora se ocupa la Sala. Es así como de plano se decide, conforme a lo previsto en el inciso final del art. 155 del C.C.A., con fundamento en las siguientes:

## CONSIDERACIONES:

La solicitud de suspensión provisional del acto demandado se apoya en el hecho de haber elegido la Asamblea del Quindío auditor interno de la Contraloría Departamental, por votación mayoritaria que acogió lo propuesto verbalmente por el segundo vicepresidente de la Duma, según el punto 3, literal b) del desarrollo del orden del día de la sesión del 7 de noviembre de 1989. Así consta en el Acta No. 10 correspondiente a lo decidido por la Asamblea en esa fecha (folios 14 a 23 de los autos).

Al respecto se alega que dicha elección debió hacerse mediante ordenanza, como lo exige, según la actora, el artículo 29 de la Ordenanza 01 de 1989, constitutiva del reglamento interno de la Corporación.

Para rechazar ese planteamiento el Tribunal argumentó que la elección llevada a cabo por la duma departamental se hizo con base en la Ordenanza No. 02 de 1989, posterior a la No. 1 del mismo año, que no impone efectuar la elección dicha mediante ordenanza, a más de que la misma Ordenanza No. 02 "...contempla dos modalidades de nombramiento de auditor intenro para la Contraloría: una para el respectivo período de dos años y, otra, en forma transitoria, hasta el 31 de diciembre de 1990 ... siendo esta última la que tuvo lugar en este caso, de donde surge la duda de la Corporación acerca del acto mediante el cual debió realizarse este nombramiento...". También niega que exista contradicción entre el artículo 192 de la Carta, que se aduce violado, porque en este caso no se está "... cuestionando la validez de un acuerdo u ordenanza y, por tanto, mal puede decirse que exista contraposición entre las mencionadas normas y el acto impugnado.

Finalmente, considera que el artículo 20 de la Constitución Política no es susceptible de violación frontal y sólo lo puede ser indirectamente, dado que la norma dispone de manera general y se daría el caso de la violación "... en el evento de que se concretara, por parte de un funcionario público, alguna de las conductas descritas en la norma, es decir, si violara una determinada disposición constitucional o legal contentiva de un mandato o una prohibición, o si incumpliera o se extralimitara en sus funciones específicas señaladas" (folio 68 fte).

Ahora bien: en primer término es de advertir que el Tribunal *a-quo* alude, para negar la suspensión impetrada, a la existencia de una ordenanza aprobada por la Asamblea del Quindío, la 02 de 1989, de la que afirma consagró la facultad para la asamblea de elegir al funcionario en mención.

No obstante, por parte alguna se encuentra en el expediente la prueba de la existencia de esa normatividad, lo que impide la verificación de lo argumentado por el a-quo. Así se desprende de la previsión del artículo 141 del C.C.A.

En segundo lugar, la afirmación de la actora de que la elección del auditor interno de la Contraloría, llevada a cabo por la Asamblea del Quindío, constituye violación del reglamento interno de esa Corporación, por cuanto allí se expresa que esa provisión debe hacerse por ordenanza, constituye apreciación no categórica y menos apodíctica. En efecto, no cabe afirmar que el sentido de la expresión del artículo 29 del reglamento interno sea solamente el que la actora le atribuye, por cuanto la proposición "La Asamblea Departamental del Quindío,... nombrara mediante Ordenanza un AUDITOR INTERNO de la Contraloría Departamental del Quindío, cuyas funciones quedarán taxativamente enunciadas en la Ordenanza de su creación", permite una doble interpretación: la primera, en el sentido expresado por la actora, o sea, que dicho funcionario debe ser elegido mediante ordenanza; y la segunda, también deducible del texto, que mediante ordenanza se creará el cargo de auditor interno de la Contraloría Departamental y se enunciarán taxativamente sus funciones, proveyéndose el cargo mediante simple elección.

Esta segunda interpretación del precepto ordenanzal que se dice violado, el art. 29 del Reglamento de la Asamblea Departamental del Quindío, no parece descabellada, toda vez que a entendimiento parcialmente semejante conduce el art. 187 de la Carta Política, cuyo inciso único consagra las atribuciones de las Asambleas Departamentales expresando que les corresponde "... por medio de ordenanzas:... 8o.) organizar la contraloría departamental y elegir contralor para un período de dos años...". Esta norma ha sido interpretada en el sentido de que mediante ordenanza se debe efectuar la organización de la Contraloría, pero que la provisión del titular del cargo no requiere de ordenanza sino de simple elección, no obstante el encabezamiento del canon constitucional, reproducido por el art. 60 del Decreto Ley 1222 de 1986 (actual Código de Régimen Departamental).

Esta Corporación dió esa interpretación a la norma constitucional en mención, expresando:

> "El art. 187 de la Constitución, 57 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, dispone que corresponde a la Asamblea, por medio de Ordenanzas, entre otras funciones, la de organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años. Pero, respecto de este acto, como de los demás de elección o nombramiento que efectúen las Asambleas, la disposición no tiene el alcance que le da el demandante, por las siguientes razones:

"a) El art. 187 de la Constitución, al prescribir las funciones esecniales de las Asambleas, dispuso que las deben ejercer mediante ordenanzas; pero ello no puede interpretarse en el sentido de que los actos de elección, como el de Contralor o Subcontralor, deben expedirse por ese procedimiento; por el contrario, si las demás atribuciones que menciona son susceptibles de ejercerse por ordenanzas, no sucede lo propio con los actos de elección que, por definición, se dictan mediante una sola decisión adoptada por la mayoría requerida por la Constitución o la ley" (Sentencia de 11 de febrero de 1974 de la Sala Plena del Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Humberto Mora Osejo, exp. 123, actor: Gabino Hernández Mejía. tomada del "Código Contencioso Administrativo Comentado", pág. 1066 del Dr. Miguel González Rodríguez, Edición Ediculco, 1980).

Entonces, si como ocurrió, la Asamblea Departamental del Quindío resolvió proveer, mediante elección, el cargo de auditor interno de la Contraloría, no por ello puede deducirse, prima facie, que con ese acto incurrió en violación de la norma ordenanzal indicada, porque ese procedimiento pudo ser correcto. Ello sólo es dable dilucidarlo en sentencia de mérito, que no en la presente oportunidad cuando sólo se decide la apelación de la negativa a suspender provisonalmente la elección acusada.

Pues también la Sala hace suyas las consideraciones del a-quo respecto de la alegada violación manifiesta de los artículos 20 y 192 de la Carta Política, como quiera que se ajustan a la hermenéutica de dichas normas. Y en cuanto al precepto del artículo 267 del Reglamento de la Asamblea, que establece la obligatoriedad de las ordenanzas, esa norma se limita a reproducir lo que respecto de dichos actos determina el art. 192 de la Carta Política.

No cabe, en cambio, aludir a otros preceptos que la recurrente invoca como violados en el memorial sustentatorio del recurso, entre ellos la Ordenanza No. 25 de enero de 1987 en sus artículos 160 y 161; el Decreto 0601 de 1989, actual Código Fiscal del Quindío en el art. 549, y el art. 61, ordinal 7° de la Constitución, por cuanto el debate jurídico-procesal quedó delimitado en la demanda con el petitum y la causa petendi, que contiene la indicación de las normas pretensamente violadas con el acto que se pide invalidar. Es que no resulta dable admitir que a lo largo del proceso se vayan haciendo adiciones y correcciones a la demanda, por cuanto ello introduciría factores de sorpresa contrarios a la lealtad y a la igualdad de las partes.

Con fundamento en lo expresado el Consejo de Estado, Sección Quinta de su Sala de lo Contencioso Administrativo,

**RESUELVE:**

Confirmar el auto de fecha diciembre 6 de 1989, proferido por el H. Tribunal Administrativo del Quindío, en cuanto despachó, desfavorablemente la petición de suspensión provisional del acto electoral acusado.

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

Esta decisión fue discutida y aprobada en sesión verificada el diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa (1990).

*Euclides Londoño Cardona*, Presidente de Sala; *Miguel González Rodríguez*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Jorge Penén Deltieure*.

*Octavio Galindo Carrillo*, Secretario.

**ACCION ELECTORAL** - Procedencia/ **CADUCIDAD**

**La acción que se debe incoar para impugnar la nulidad de un nombramiento, es la pública de naturaleza electoral. Caduca en veinte días contados a partir del día siguiente a aquél en que se haya expedido el nombramiento cuya nulidad se trata.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.*- Bogotá, D.E., primero (1) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente No. 0352. Nulidad de la Resolución No. 2739 del 22 de junio de 1989, por la cual se incorporan unos funcionarios a la planta de personal de la Dirección General de Aduanas. Actor: RICARDO TAPIAS LOPEZ.

I. El señor RICARDO TAPIAS LOPEZ actuando en nombre propio y en su condición de ciudadano manifiesta instaurar la acción pública de nulidad contra la Resolución No. 2739 de 22 de junio de 1989, originaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por la cual se incorporan unos funcionarios a la planta de personal de la Dirección General de Aduanas en los cargos establecidos por el Decreto 1319 del 20 de junio de 1989 (folio 78).

II. Acompaña a la demanda los siguientes documentos:

1. Fotocopia autenticada de la Resolución No. 02739 del 22 de junio de 1989.

2. Fotocopia del Decreto No. 2649 del 22 de diciembre de 1988.

3. Diario Oficial No. 38.626 del 22 de diciembre de 1988, donde se encuentra publicada la Resolución del numeral anterior.

4. Constancia del Director de la Imprenta Nacional en la que manifiesta "Que la Resolución No. 2739 del 22 de junio de 1989, emanada del Ministerio de Hacienda, no ha sido enviada para su publicación en el DIARIO OFICIAL" (folio 75).

5. Oficio No. 06773 del 11 de agosto de 1989 de la Asesora de la Secretaría General dirigido al doctor Helbert A. Marroquín R., en el cual le informa de la publicación de los boletines de enero a junio de 1989, de los números 30 al 35; y

6. Boletín No. 35 de fecha 30 de junio de 1989 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

III. En escrito separado (folios 86 a 89) el demandante formula solicitud de suspensión provisional del acto acusado, citando las normas que estima violadas, desarrollando el concepto de violación y pidiendo se tengan en cuenta las pruebas que en dicho escrito relaciona.

IV. Como se verifica a folios 89 vto. y 90 fte. del expediente, el memorial fue presentado en la secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 21 de septiembre de 1989 y el asunto fue repartido por la presidencia de dicha Sección al honorable Consejero doctor Joaquín Barreto Ruíz, quien dictó el auto que obra a folio 91 y cuyo contenido es de este tenor:

"Si la incorporación de funcionarios públicos a una planta de personal la considera la ley como un nuevo nombramiento (artículo 81 del Decreto Extraordinario 1042 de 1978), es evidente que cuando se impugna un acto con ese contenido su conocimiento corresponderá a la Sección Quinta de la Sala, encargada de las acciones electorales.

**EN CONSECUENCIA SE DISPONE:**

Remítase el expediente a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

V. Para esta Sala, como lo determina el decreto ley citado –consagrando en norma positiva lo que ya era una verdad averiguada por la doctrina–, resulta incuestionable que la Resolución número 2739 del 22 de junio de 1989, originaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por la cual se incorporan unos funcionarios a la planta de personal de la Dirección General de Aduanas en los cargos establecidos por el Decreto 1319 de 20 de junio de 1989, cuya nulidad se impetra (folio 78), es un acto de nombramiento, de carácter subje-

tivo, individual, no obstante la pluralidad de personas designadas, y no uno objetivo, impersonal y abstracto, o sea decir, "una disposición de carácter general y permanente que comprende un número indefinido de personas y de actos o de hechos a los cuales se aplica *ipso jure* durante un tiempo indeterminado", según la noción que enseñan los tratadistas.

De lo anterior se derivan varias consecuencias, a saber:

a) Que la acción que se debe incoar para impugnar la nulidad de un nombramiento, es la pública de naturaleza electoral, como lo tiene establecido la ya añeja y reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado;

b) que no siendo un acto de carácter general, impersonal u objetivo, no es obligatoria su publicación para que produzca efectos; y

c) que, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley 14 de 1988, que subrogó al artículo 28 de la Ley 78 de 1986, la acción electoral, para el caso que se estudia, caduca en veinte (20) días, contados a partir del día siguiente a aquél en que se haya expedido el nombramiento cuya nulidad se trata.

De esta suerte, como la resolución de nombramiento fue expedida el 22 de junio de 1989 (folio 1), con vigencia a partir de la fecha de su expedición, según lo dispone en su artículo 2o (folio 32 vto), y la demanda fue presentada el 22 de septiembre de 1989 (folio 85), la acción electoral –que no muda su naturaleza por la denominación de acción pública de nulidad que a aquélla le dio el demandante– estaba caducada cuando fue ejercida por éste.

Así las cosas, habrá de inadmitirse la demanda, por cuanto su presentación extemporánea hizo operar el instituto procesal de la caducidad. Por ende, resulta improcedente el estudio de la suspensión provisional del acto demandado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

**RESUELVE:**

Primero. Inadmítese la demanda, por caducidad de la acción.

Segundo. No procede el estudio de la suspensión provisional del acto demandado.

Tercero. Archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

*Euclides Londoño Cardona*, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltieure.*

*Octavio Galindo Carrillo*, Secretario.

**NULIDAD ELECTORAL/ RECUENTO DE VOTOS/ PRINCIPIO DE EFICACIA DEL VOTO**

**La causal de reclamación 3a. del artículo 192 del Código Electoral se proyecta hacia la sede jurisdiccional cuando se la invoque como causal de nulidad con arreglo a las voces del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, siempre y cuando la irregularidad allí contemplada no haya sido purgada mediante el procedimeinto de recuento de votos previsto en el art. 163 de aquel estatuto. Este texto guarda armonía con el num. 5° del art. 1° ibídem el cual consagra el principio de la eficacia del voto que es norma rectora para la interpretación de las demás reglas electorales.**

**SISTEMA ELECTORAL/ CUOCIENTE ELECTORAL**

**Ha entendido la Sala por sistema electoral, el conjunto de normas constitucionales y legales –sustantivas y adjetivas– que, a partir del postulado democrático de la representación popular, determina unos principios, una manera de escogencia de los gobernantes, unos procedimientos para ello, en procura, en referencia a nuestra legislación, de la representación proporcional de los partidos, mediante el llamado cuociente electoral y la mayoría absoluta, según el caso. Y por cuociente electoral, el medio de garantizar la representación proporcional de los movimientos y partidos políticos cuando se vota por dos o más personas para cargos de elección directa o indirecta. O sea, que el sistema electoral es el todo y el cuociente electoral es una parte de aquél.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.-* Bogotá, D.E., nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente No. 0343. Apelación Sentencia. Actor: Ernesto Collazos Serrano.

## I.

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por el demandante, dentro de la oportunidad procesal (folios 282 y 283 vto), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander de fecha octubre veinte (20) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en cuanto se denegaron las súplicas de la demanda.

## II.

## ANTECEDENTES:

1. El señor ERNESTO COLLAZOS SERRANO, en ejercicio de la acción pública electoral demandó la nulidad del Acto Administrativo que consta en el Acta General de Escrutinios Departamentales de Norte de Santander, en lo relativo a Concejales Municipales de Cúcuta; que como consecuencia de la anterior nulidad se practique nuevo escrutinio en el cual se excluyan del cómputo total de votos los contenidos en las Actas No. 01, correpondiente al Corregimiento de Ricaurte y que funcionó en el Corregimiento de San Faustino y la No. 02 relativa a la zonificación del Corregimiento de Puerto Santander; que se registren las correcciones relativas al cómputo general de votos para Alcalde Municipal de Cúcuta y Asamblea Departamental de Norte de Santander; y que se cancelen las credenciales como Concejales de Cúcuta a las personas indebidamente declaradas legalmente electas y se otorguen las nuevas credenciales a quienes legalmente corresponden.

2. Como hechos enuncia los siguientes:

"PRIMERO: con arreglo a la Constitución y a la Ley, se verificó en todo el territorio nacional el certamen electoral relativo a Alcaldes Municipales de primera ocurrencia y de Concejales Municipales, Diputados Departamentales, Concejeros (sic) Indenciales (sic) y Comisariales. La circunscripción electoral del Norte de Santander inscribió candidatos y listas para corporaciones dentro del tiempo hábil estipulado en la ley.

SEGUNDO: Según escrutinios de mesas, el municipal y el general, resultaron legalmente electos (sic) las personas que se relacionan en ácapite (sic) anterior como Concejales Municipales Principales y Suplentes.

con el catorceavo mayor residuo que es el que obtiene la lista encabezada por los ciudadanos ORLANDO ARENAS ALARCON y FRANCISCO JOSE ROJAS.

La segunda norma constitucional referenciada dice: ... "Artículo 180. La Ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios, asegurando la independencia de unas y otras funciones; ...".

Este precepto fue violado en razón a que se desdeñaron las reclamanciones administrativas presentadas por los ciudadanos: ADALBERTO EUGENIO DUQUE, ALIRIO ANTONIO TAPIAS, LUIS ALEJANDRO ALVARADO, PEDRO MALDONADO y ORLANDO ARENAS ALARCON sobre los escrutinios municipales ante los señores Delegados del Concejo (sic) Nacional Electoral, resolviendo desfavorablemente a lo solicitado por todos y cada uno de ellos, conforme consta en la página 10 del Acta General de Escrutinios Departamentales. La transgresión consiste en que dada la evidencia de los errores en que se incurrió en el escrutinio general, de haber sido atendidos en debida forma los reclamos ciudadanos conforme lo prevee el artículo 45 de la Constitución Política, el resultado del escrutinio habría variado fundamentalmente y la juiciosa valoración de los señores Delegatarios, había permitido otorgar la décimo novena plaza del Concejo Municipal de Cúcuta a los ciudadanos ORLANDO ARENAS ALARCON y FRANCISCO JOSE ROJAS.

En cuanto a la disposición del Código Contenciso Administrativo que se considera infringida por el Acto Electoral acusado dice:

... "Artículo 223. CAUSALES DE NULIDAD. Las Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación y de toda Corporación Electoral son nulas en los siguientes casos:

...

4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Política y Leyes de la República...".

Para no incurrir en vicio repetitivo de la argumentación de quebrantamiento de normas superiores, me remito al juicio de valor expuesto en cuanto dice relación al artículo 172 de la Constitución Política y en apretada síntesis, considero que se computaron votos con clara violación del sistema electoral, los cuales alteraron el resultado real del escrutinio general de votos válidos emitidos.

Supongo infringida la disposición contenida en el ordinal 1 del artículo 192 del Código Electoral cuyo texto es:

... "Cuando funcionen mesas de votación en lugares o sitios no autorizados conforme a la ley...".

El sitio autorizado para el funcionamiento de la mesa No. 01 del Corregimiento de Ricaurte comprensión municipal de Cúcuta era allí y no en otro sitio. La mesa funcionó, contrario a la disposición legal no en el Corregimiento de Ricaurte conforme corresponde sino en el Corregimiento de San Faustino también de la comprensión municipal de Cúcuta.

En el Corregimiento de San Faustino fueron asignadas mesas de votación propias para el lugar o sitio; igual aconteció en relación con el Corregimiento de Ricaurte.

Para explicar la violación de esta causal, debo hacer una pequeña disgreción (sic) para demostrar cómo de manera absurda, irracional y casi que risible, en la medida que el proceso electoral colombiano tiende a tecnificarse y llega al ámbito propicio de la modernidad en la sistematización es donde ocurren más graves o peores errores, que vienen a ser irreverentes con el sagrado derecho de sufragio que asiste a todo ciudadano colombiano. Un ejemplo nos da magnífica claridad sobre los exabruptos en que se ha incurrido. Desde que se inició el sistema de votación zonificada, tradicionalmente un gran conjunto de electores de todos los partidos, grupos y subgrupos escogió como el sitio ideal de votación en la ciudad de Cúcuta, el puesto denominado comunmente como TELECOM (corresponde a zona 01 puesto 01).

Pues bien, cuando el procedimiento era manual ó mecánico las gentes podían votar en el sitio en el cual se habían inscrito o sea en Telecom, pero ahora, que hay mayores ingredientes de tecnificación y que los formatos de todo el país vienen sistematizados desde Bogotá, se incurrió en el imperdonable error de fusionar los datos de inscripciones del mencionado puesto de Telecom con las planillas de la zona central cédulas no zonificadas pero que ejercieron el voto en las elecciones de 1986. Cuatro días antes de celebrarse las elecciones y cuando ya no se podía corregir nada, los señores Delegados luego de informar a los representantes políticos y cívicos de la localidad sobre este despropósito, optaron por proferir la Resolución No. 1320 de fecha 7 de marzo de 1988 fusionando como aparecía en la sistematización zona central y puesto de Telecom con el consiguiente caos.

Para las elecciones de 1986 también sistematizadas a la Delegación del Norte de Santander llegaron los pliegos correspondientes a la circunscripción electoral del Departamento del Quindío, algo insólito y fuera de todo comentario.

Si ocurren despropósitos como los ejemplificados, cómo no entender los errores cometidos en cuanto a confundir pliegos de un Corregimiento con otro. El error aquí planteado es palmario y la mesa No. 01 correspondiente al Corregimiento de Ricaurte, funcionó ilegalmente en sitio diferente al autorizado o sea el Corregimiento de San Faustino.

Lo anterior obligó seguramente al desplazamiento de electores desde el Ricaurte hasta San Faustino, sitios distantes, para sufragar en lugar diferente al autorizado por la Ley, causal ésta (sic) que anula los votos emitidos en dicha mesa.

La causal tercera de la norma que se estima transgredida señala:

..."Cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos".

Basta la simple observación de las diversas copias del acta de escrutinio de la mesa de votación No. 02 del Corregimiento de Puerto Santander para advertir que carecen por completo de firmas de los jurados, advirtiéndose en consecuencia la nítida vulneración de esta norma que da lugar a la exclusión de votos válidos emitidos". (folios 101 a 104, cuaderno No. 1).

4. Suspensión provisional

En escrito separado el demandante solicitó la suspensión provisional, que fue resuelta desfavorablemente en el auto admisorio de la demanda de fecha veintiocho (28) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988). (folios 123 a 127, cuaderno No. 1).

5. El Tribunal *a-quo* apoyó la decisión impugnada en los razonamientos siguientes:

"*PRIMERA*: Existiendo a folio 257 del expediente una solicitud de NULIDAD impetrada por el doctor LUIS FRANCISCO RODRIGUEZ BLANCO, apoderado sustituto del MUNICIPIO DE CUCUTA, consistente presumiblemente en LA INDEBIDA O FALTA DE REPRESENTACION DE LA PARTE DEMANDADA, de conformidad con el numeral 7° del artículo 152 del C. de P.C., la Corporación procede a estudiar la viabilidad de la misma.

Observa la Sala que el Magistrado que inicialmente adelantó el proceso como Parte Demandada al MUNICIPIO DE CUCUTA, tal como lo señalara el actor, sin que al efecto pudiera serlo. La acción Electoral es un Contencioso Objetivo que se dirije contra un acto y no contra una persona. Reiteradamente el H. Consejo de Estado ha sostenido que las partes en el proceso electoral son además del actor, el Agente del Ministerio Público y quienes

voluntariamente concurran al proceso para prohijar u oponerse a la acción. (Auto de 27 de octubre de 1988, Sección Quinta). En el caso sub-lite, no es contra el MUNICIPIO DE CUCUTA directamente que se formula la pretensión objeto del proceso. Por solicitarse la práctica de un NUEVO ESCRUTINIO, se entiende que la acción va dirigida contra todos los ciudadanos elegidos, a quien (sic) se les notificó el auto admisorio de la demanda.

Prescribiendo de manera expresa el artículo 152, numeral 7° del C. de P.C., que la nulidad es procedente cuando es indebida la Representación de las partes, ypor (sic) no ser el MUNICIPIO DE CUCUTA, PARTE DEMANDADA en este proceso, no es de recibo la solicitud impetrada. EL MUNICIPIO ha actuado como PARTE INTERVINIENTE.

*SEGUNDA*: El apoderado de la Concejal GISELA DE LA ROCHE DE MORALES, en el momento de contestar la demanda propuso las excepciones de DEFECTUOSA INTEGRACION DEL LITISCONSORCIO NECESARIO y CADUCIDAD DE LA ACCION.

En cuanto a la primera de ellas, es decir, DEFECTUOSA INTEGRACION DEL LITISCONSORCIO NECESARIO, considera la Sala que los procesos de NULIDAD en los cuales se persiga la realización de un NUEVO ESCRUTINIO, como ya quedó anotado, se entienden demandados todos los ciudadanos elegidos a quienes se les deberá notificar el auto admisorio por medio de EDICTO y publicarlo posteriormente por dos veces en un DIARIO DE CIRCULACION LOCAL O NACIONAL. En el caso sub-lite aparece que se ha cumplido debidamente con esta formalidad (cf. folios 184, 185 y 186).

En lo que tiene que ver con la Registraduría Nacional del Estado Civil y sin mayores argumentaciones, el apoderado plantea que la demanda debió de dirigirse también contra esta entidad, por cuanto el Acto Administrativo fue producido por ella, integrándose de esta forma, como él lo señala, el LITISCONSORCIO NECESARIO. Requiriéndose para la formación de este último, de UNA RELACION SUSTANCIAL UNICA ENTRE LOS DIFERENTES DEMANDADOS, como sería en este caso, no observa la Sala como pueden identificarse los intereses jurídicos de los concejales demandados con los de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que tan sólo se limita a declarar los resultados de una elección de carácter popular. Por lo anterior, no es procedente esta excepción.

En relación a la segunda de las excepciones, la de CADUCIDAD, no puede prosperar, si tenemos en cuenta que el acto impugnado fue expedido el día 22 de marzo de 1988 a las 5:30 p.m., según certificación expedida por los señores Registradores Nacionales del Estado Civil, visible al folio 253 y la fecha en que fue presentada la demanda en la Secretaría del Tribunal, esto es, 21 de abril de 1988, indica que ésta (sic) última fue presentada dentro

de los 20 días que exige el inciso 9° del artículo 136 del C.C.A., descontándose al efecto los días correspondientes al período de Vacancia Judicial de la Semana Santa.

*TERCERA*: En relación al cargo que el actor hace al Acta General de Escrutinios del Departamento Norte de Santander, por medio de la cual se declaró la elección de Concejales Municipales de Cúcuta, debido a que *la Mesa No. 02 correspondiente al Corregimiento de Puerto Santander fue computada sin que los ejemplares de las Actas de Escrutinio de jurados de votación fueran firmada (sic) por menos de tres (3) de estos, (sic)* observa la Sala que folio 65 a del expediente, aparece una constancia dejada por la Comisión Excrutadora que dice textualmente: *MESA No. 02 DE PUERTO SANTANDER: EL ACTA NO APARECE FIRMADA POR LOS JURADOS DE VOTACION. POR LO ANTERIOR SE PROCEDE AL RECUENTO DE LOS VOTOS EMITIDOS EN ESTA MESA* (Subrayas fuera del texto). Una vez hecho el anterior, no se formuló ninguna objeción contra el mismo, y por tanto, la Comisión Escrutadora no hizo más que dar aplicación a lo preceptuado en el numeral 3° del artículo 163 del Código Electoral, que trae EL RECUENTO como medio de subsanar algunas irregularidades que se presenten en el momento del escrutinio. Por lo anterior, no es viable el cargo formulado por el actor.

*CUARTA*: Como segunda objeción al Acto Administrativo impugnado, argumenta el actor el hecho de que *POR ERROR GRAVE, LA MESA No. 01 CORRESPONDIENTE AL CORREGIMIENTO DE RICAURTE, FUE ASIGNADA AL CORREGIMIENTO DE SAN FAUSTINO*, es decir, hubo votantes inscritos en Ricaurte que ejercieron el derecho al sufragio en sitio diferente al legalmente asignado, quebrantándose manifiestamente lo establecido en el numeral 1° del artículo 192 del Código Electoral.

A folio 67, correspondiente al Acta Parcial de votos para Alcalde y Corporaciones Públicas, Zona 06 de los Corregimientos de Cúcuta, la Comisión Escrutadora dejó una constancia en el sentido de haberse utilizado un formato correspondiente al Corregimiento de Ricaurte para contabilizar los votos del Corregimiento de San Faustino. Presumiblemente y por falta de precisión probatoria, es la circunstancia que invoca el actor para deducir que ciudadanos inscritos en el Corregimiento de Ricaurte lo hicieron en el de San Faustino, incurriéndose en la causal de reclamación prescrita en el numeral 1° del artículo 192 del Código Electoral que señala como una de ellas, cuando funcionen Mesas de votación en lugares no autorizados por la Ley.

Como no existe en el expediente de manera certera y precisa, que ciudadanos inscritos en el Corregimiento de Ricaurte hubieren ejercido el derecho al voto en sitio diferente, el Magistrado Ponente dictó un AUTO PARA MEJOR PROVEER de conformidad con el artículo 242 del C.C.A., oficiándose

al efecto a los señores Delegados de la Registraduría Nacional del Estado civil, quienes con nota No. 440, comunicaron de manera expresa que los ciudadanos inscritos en la Mesa No. 01 del Corregimiento de Ricaurte no lo hicieron en sitio diferente a ese". (folio 278 a 281, cuaderno No. 1).

6. La parte demandante sustentó el recurso de apelación de la siguiente manera:

"Considera el Tribunal al acoger la ponencia, que en relación con la mesa No. 02 ubicada en Puerto Santander, no se dá la causal invocada en el libelo, arguyendo para el efecto que hubo recuento de votos. Lo anterior estaría muy bien para Panamá del señor NORIEGA, donde la característica fundamental de las elecciones es el FRAUDE. Duele profundamente que la administración de justicia acoja tesis tan peregrinas e irracionales como las esbozadas en este asunto por el Fiscal que correspondió en turno.

La Resolución No. 107 de 14 de junio de 1988 "por la cual se imponen unas sanciones", originaria de los señores Delegados del Registrador Nacional en Norte de Santander, penalizó individualmente a los jurados de votación, principales y suplentes que intervinieron en esa mesa No. 02 ubicada en Puerto Santander por abstenerse de firmar las actas correspondientes. El texto de la parte resolutiva dice en lo pertinente:

"...ARTICULO PRIMERO. Sancionar individualmente con quince (15) días de arresto inconmutables a: IRAIDE MARIA GONZALEZ GALVIS, con cédula de ciudadanía No. 60.279.485 de Cúcuta, AROLDO DUARTE SALAS, cédula de ciudadanía No. 13.465.425 de Cúcuta, MANUEL ALBERTO DUARTE CASADIEGO, cédula de ciudadanía No. 13.232.741 de Cúcuta, GUSTAVO MALDONADO BARRERA, cédula de ciudadanía No. 13.447.962 de Cúcuta, LEONILDE IBARRRA ROJAS, cédula de ciudadanía No. 31.879.777 de Cali, MARY LUZ ORTIZ MONCADA, cédula de ciudadanía No. 60.327.962 de Cúcuta y LUIS FELIPE IBAÑEZ con cédula de ciudadanía No. 13.358.960 de Ocaña. REINALDO IBAÑEZ MORENO cédula de ciudadanía No. 13.255.864 de Cúcuta...".

Dentro de la indagación que hizo la Registraduría Nacional del Estado Civil respecto de esta situación, no simplemente IRREGULAR y SUBSANABLE como lo pretende demostrar la sentencia recurrida, sino ILEGAL, FRAUDULENTO y LESIONADOR de la voluntad popular, se logró establecer que no firmaron dichas actas, por falta de instrucción del delegado correspondiente y además por falta de garantías. Al respecto dice textualmente la Resolución:

"...Yo creo al momento es la aglomeración de que la gente está pidiendo datos de todos los resultados de la votación, ya que no colocan a una persona

o sea encargada de cada grupo político sino que se aglomeran 5 o 6 del mismo grupo, pues en ese momento *también uno tiene miedo, porque en ese momento también uno tiene miedo del peligro...*" (Subraya el memorialista).

Es claro entonces que la sentencia lo que hace es confirmar un fraude electoral. Allí obviamente había unas papeletas, no se sabe, introducidas por quién pero que en todo caso la sentencia da como votación válida. Pobre democracia colombiana y lástima de la acción electoral de la cual los ciudadanos estamos francamente desmotivados para ejercitar ante sentencias como esa.

Se dirá frente a esto, que tal Resolución no fue aportada como prueba. Cierto. No se podía aportar como prueba que no existía al momento de introducirse la demanda (el libelo se introduce en abril y la Resolución se produce en junio de 1988). Dentro del debate probatorio y en práctica de inspección judicial, solicité de manera respectuosa y enfática al entonces Magistrado Sustanciador, su aporte, según consta en el folio 239 del expediente; esa súplica fue injustamente desdeñada por el funcionario judicial, según consta también al expediente, finalmente viéndome obligado a renunciar a tal pedimento según memorial obrante al folio 243. Pero ello es accidental, puesto que se trata de una acción objetiva y de comparación entre la norma que se estima violada y el acto electoral que se impugna.

La carencia de firma en todos los cuatro (4) ejemplares del formulario E-6 de dicha mesa 06 de Puerto Santander, esta (sic) fehacientemente demostrado con el aporte del acta de escrutinio, donde se dice que el formulario que se encuentra en la urna no fue firmado por ninguno de los jurados, así como también el acta que por Ley se envía al Tribunal Contencioso Administrativo, en el acta enviada a la Delegación del Registrador y la obrante en la Registraduría Especial del Estado Civil del Municipio de Cúcuta; se aportaron estas tres (3) actas debidamente autenticadas, cuestión que nunca estudió el Tribunal para producir la sentencia. En síntesis a pesar de haberse probado que no se firmaron las actas, no se atendió lo suplicado ni tampoco a la causal legal que prevee la invalidéz (sic) de tales votos.

En cuanto hace relación a la mesa No. 01 de Ricaurte, vale señalar que el señor Magistrado Sustanciador oficia a los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, a efecto de que sea informado sí la mesa 01 de Ricaurte funcionó en Ricaurte. La obvia respuesta que le fue dada al funcionario judicial, se la había podido dar también al maestro Perogrullo, puesto que es lógico que la mesa 01 de Ricaurte funcionó allí en ese Corregimiento y eso consta en el acta de escrutinio.

Esto que llama el Tribunal, "mejor proveer", dista años luz de la indagación objeto del debate judicial. Lo que ocurre, es que en un Corregi-

miento próximo a "Ricaurte", el cual se denomina San Faustino, funcionó otra mesa con la "01" que corresponde no a San Faustino sino a Ricaurte.

Acompaño junto con la demanda, una certificación expedida por el señor Jefe del Distrito No. 16 del Ministerio de Obras Públicas, que señala en kilometros las distancias entre Cúcuta, San Faustino, Ricaurte, prueba que no fue tenida en cuenta al momento de dictar la sentencia". (folios 284 a 287, cuaderno No. 1).

7. El Fiscal Octavo de la Corporación conceptúa:

"Sobre tres puntos hace hincapié el apelante de la sentencia de primer grado:

1. Sostiene el recurrente que con relación a la mesa 02 ubicada en Puerto Santander, el Tribunal acoge la ponencia elaborada que sostiene que no se da la causal invocada en el libelo, arguyendo que hubo recuento de votos y para el efecto presenta copia de la Resolución 107 de 14 de junio de 1978 expedida por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en Norte de Santander por medio de la cual sancionó con 15 días de arresto inconmutables a Iralde María González Galvis, Aroldo Duarte Salas, Gustavo Maldonado Herrera, Manuel Alberto Duarte Casadiego, Leonilde Ibarra Rojas, Mary Luz Ortíz Moncada, Luis Felipe Ibañez y Reinaldo Ibañez Moreno, por haber omitido firmar las actas de escrutinio o formulario E-6 en la zona 04, puesto 01, mesa 08 y mesa 02 del Corregimiento de Puerto de Santander, en las pasadas elecciones de 13 de marzo de 1988 por no mediar causa justa alguna, fuerza mayor o caso fortuito, siendo esta omisión la que sanciona el artículo 200 del Código Electoral con arresto inconmutable, pero esta Resolución no fue decretada como prueba, como el mismo recurrente lo dice en el escrito respectivo.

En la demanda, el actor sostiene que con relación al acta de la mesa 02 de Puerto Santander, se computaron los votos sin que en ninguno de los ejemplares de la misma aparezca firma alguna de los Jurados de la mesa de votación y consecuencialmente, es inválido el escrutinio y carece de fundamento jurídico su computación.

Se inicia como norma quebrantada la contemplada en el numeral 3° del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo que dice que se presenta esta causal de nulidad "cuando los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio de los Jurados de Votación estén firmados por menos de tres de estos (sic)".

Es preciso observar que el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo fue modificado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985.

Con relación a esta mesa, en el acta parcial del escrutinio de los votos para Alcalde y Corporaciones Públicas practicadas por la Comisión Escrutadora de la zona 6 de los Corregimientos de Cúcuta, al folio 65 dice: "mesa número 2 de Puerto Santander. El acta no aparece firmada por los (Alcaldes) los Jurados de votación. Revisada el acta del Registrador tampoco aparece firmada. Por lo anterior se procede al recuento de los votos emitidos en esta mesa".

Al folio 68 de dicha acta, se lee: "La comisión escrutadora procede a resolver la reclamación presentada por escrito por el señor Samuel Emiro Castilla Soto, identificado con la cédula de ciudadanía 13.475.229 de Cúcuta, en cuanto a que se refiere a la falta de firmas de los Jurados de Votación en las cuatro actas de escrutinio de la mesa No. 2 del Corregimiento de Puerto Santander. Se anexa la mencionada solicitud de reclamo a la presente acta y se absuelve así: De acuerdo al último inciso del artículo 163 del Código Electoral, si se observare que las actas de escrutinio están firmadas por menos de 3 de los Jurados de Votación, una vez comprobada dicha irregularidad se procederá al recuento de votos. Sin embargo es destacable que al folio 9 de esta acta y al reparar sobre la irregularidad mencionada la Comisión Escrutadora oficiosamente procedió al recuento de los votos según lo normado en el inciso final del artículo 163 del Código Electoral haciéndose por lo tanto improcedente el reclamo presentado y anteriormente estudiado 2o. se notifica en estrados".

Por lo tanto, la citada irregularidad fue subsanada conforme lo establece el numeral 3° del artículo 163 del Código Electoral, no prosperando así este cargo.

2. También sostiene el recurrente que los 4 ejemplares del formulario E-6 de la mesa 06 de Puerto Santander carecen de firmas.

Con relación a este punto, se observa que en la demanda no es objeto de litigio, esto es, no fue planteado en el libelo. Correspondia al actor indicar en la demanda este punto, pero no lo hizo y no es dable, con posterioridad a la demanda, indicar puntos nuevos litigiosos.

3. Afirma el apelante que con relación a la mesa 01 de Ricaurte, lo que ocurre es que en un Corregimiento próximo a Ricaurte, el cual se denomina San Faustino funcionó otra mesa con la nomenclatura "01" que corresponde no a San Faustino sino a Ricaurte.

En la demanda se sostiene que la mesa 01 correspondiente a Ricaurte fue asignada al Corregimiento de San Faustino, y por tanto, hubo votantes inscritos en Ricaurte que ejercieron el derecho al sufragio en sitio diferente al legalmente asignado, violándose (sic) la ley electoral, o sea, el numeral 1° del artículo 192 del Código Electoral que establece que el Consejo Na-

cional Electoral o sus Delegados tienen competencia para decidir las reclamaciones que se les formulen, cuando funcionan mesas de votación en sitio o lugares no autorizados conforme a la ley.

Se afirma que el sitio autorizado para el funcionamiento de la mesa 01 del Corregimiento de Ricaurte del Municipio correspondiente no funcionó allí sino en San Faustino.

A folio 67 se lee: "La comisión escrutadora hace constar que el ac (sic) acta de escrutinio correspondiente a la lista de candidatos para la Asamblea Departamental se encuentra en un formato que corresponde al Corregimiento de Ricaurte pero a su vez comparadas las firmas de los Jurados de Votación con la apareciente en el acta de instalación de los mismos son coincidentes".

Se observa a los folios 66 y 67 que tanto en Ricaurte como en San Faustino funcionó una mesa de votación distinguida con el número 1, en las cuales hubo la votación respectiva para Alcalde, Concejo y Asamblea.

Los que aparecen votando en la mesa 01 del Corregimiento de Ricaurte anotados en el formulario E-5 del Registro General de Votantes, están inscritos en el formulario E-3 de la lista de sufragantes de Ricaurte, en la mesa 1. También los sufragantes que aparecen votando en la mesa 1 del Corregimiento de San Faustino anotados en el formulario E-5 del Registrador General de Votantes, están inscritos en el formulario E-3 de la lista de sufrantes en San Faustino, en la mesa 1 de allí.

No existe prueba alguna que acredite que los votantes inscritos en el Corregimiento de Ricaurte hubiesen sufragado en San Faustino.

Por tanto, esta Agencia del Ministerio Público, solicita al H. Consejo de Estado se confirme la sentencia proferida en este proceso el 20 de octubre de 1989 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander". (folios 301 a 304, cuaderno No.1).

## III.

## SE CONSIDERA:

1. El Tribunal después de analizar y resolver adversamente en la sentencia la petición de nulidad y las excepciones propuestas por quienes como demandados pretendieron *ab-initio* enervar la acción ejercitada por el demandante, procedió en la misma a despachar desfavorablemente las pretensiones formuladas en la demanda. El actor inconforme con la decisión la apeló en oportunidad, sustentando el recurso (folios 284 a 287, cuaderno No. 1, como ha quedado reseñado

en los antecedentes de esta providencia, acápite II, folios 1 a 17) con argumentos que en sentir de esta Sala en nada desvirtúan el pronunciamiento desestimatorio de las súplicas del libelo inicial, como quiera que no encuentra en el proceso elementos que permitan modificar o revocar la sentencia impugnada, sino, por el contrario, constata la existencia de suficientes fundamentos jurídicos que respaldan la decisión judicial atacada.

2. Como se advierte en el expediente, sólo el actor ejercitó el derecho de recurrir, por lo que el análisis se contraerá exclusivamente a las consideraciones TERCERA y CUARTA de la sentencia proferida por el Tribunal que, por lo demás, son los dos aspectos constitutivos de los presupuestos fácticos de la demanda (numerales CUARTO y QUINTO, folio 100 del cuaderno No. 1), bases o fundamentos de la acción pública de nulidad que el actor enderezó contra "el Acto Administrativo de contenido electoral que consta en el Acta General de Escrutinios Departamentales del Norte de Santander en lo relativo a Concejales Municipales de Cúcuta" y correspondiente a los comicios que se realizaron el día domingo 13 de marzo de 1988, como se desprende de las precisiones de la demanda, que son los mismos a los que él se refiere en su alegato sustentatorio de la impugnación.

3. Procede entonces la Sala a dilucidar la apelación, así:

Uno de los dos cargos contra el acto acusado lo hace consistir el demandante recurrente en que la Mesa No. 2 correspondiente al corregimiento de Puerto Santander fue computada sin que ninguno de los ejemplares del acta de escrutinio fueran firmados por los jurados, como se puede advertir –dice– con la simple observación de las diversas copias de la mencionada acta, lo que configura transgresión de la causal 3a., del artículo 192 del C.E., y conlleva la exclusión de votos válidos emitidos en dicha mesa.

Aquí es oportuno consignar que el actor omitió en su escrito demandatario indicar como norma violada el artículo 65-6 de la Ley 96 de 1985 (que subroga el artículo 233 del Código Contencioso Administrativo), vigente al momento de instaurar la demanda, la que erige en causal de nulidad cualquiera de los eventos previstos como motivos de reclamación en el artículo 192 del Decreto Ley 2241 de julio 15 de 1986 –Código Electoral–, entre las cuales se halla la señalada por el actor como infringida y que corresponde al numeral 3°, que reza: "Cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos". Haberlo hecho así hubiera sido lo ajustado a la técnica jurídica de la demanda, pues la invocación insular del pretranscrito numeral 3° sólo conduce a una tramitación gubernativa, como está claramente determinado en el encabezamiento del artículo 192 del Código Electoral, donde se adscribe plena competencia al Consejo Nacional Electoral o sus

delegadospararesolvermotivadamentelas reclamaciones escritas que se les formulen con fundamento en las causales en esta norma enumeradas, entre las cuales se encuentra la contenida en el precitado numeral.

Su configuración como causal de nulidad deviene del texto taxativo del artículo 233 del Código Contencioso Administrativo que en lo pertinente consagra: "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", se refiere a la 96 de 1985, cuyo artículo 42, causal 3a., corresponde hoy a la 3a., del artículo 192 del C.E.

Sin embargo, es de suponer que el Juez Administrativo de primer grado haciendo uso de la facultad interpretativa de la demanda así lo entendió, en aras de no sacrificar el trasunto sustantivo de la misma, proceder que esta Sala comparte por cuanto el carácter público de la acción que se ejercita lo permite.

Ciertamente, tiene razón el demandante cuando afirma que ninguno de los cuatro ejemplares del acta de escrutinio fue firmado por los jurados de votación. Corrobora este aserto la verificación que se ha hecho con el haz probatorio aportado al proceso. En efecto, amén de la constancia de la comisión escrutadora (folio 65, cuaderno No. 2) sobre la inexistencia de firma en el acta del Registrador, se constató este mismo hecho omisivo en la hoja respectiva del formulario E-6 (folio 119 del cuaderno No. 2 del expediente). De igual manera se verificó que los ejemplares del acta correspondiente a los Delegados del Registrador Nacional y al Tribunal Contencioso Administrativo carecen de las firmas de los jurados como pudo observarse en las fotocopias autenticadas, que aparecen en los folios 116 y 113, respectivamente, del cuaderno No. 2 y que el formulario E-6 destaca para tal fin.

La Resolución No. 107 de 14 de junio de 1988 proferida por los señores Delegados del Registrador Nacional en Norte de Santander, mediante la cual sancionó a los jurados de votación que intervinieron en la Mesa No. 02 ubicada en Puerto Santander, aportada extemporáneamente por el actor, sólo confirma el hecho relativo a la falta de firmas en los ejemplares del acta de escrutinio de los jurados de votación, circunstancia ésta ampliamente acreditada en el plenario.

No obstante, el a-quo al estudiar el cargo sub examine anota que al "... folio 65 del expediente, aparece una constancia dejada por la Comisión Escruta-

dora que dice textualmente: "*MESA No. 02 DE PUERTO SANTANDER: EL ACTA NO APARECE FIRMADA POR LOS JURADOS DE VOTACION. POR LO ANTERIOR SE PROCEDE AL RECUENTO DE VOTOS EMITIDOS EN ESTA MESA*" (subrayado fuera del texto). Una vez hecho el (sic) anterior no se formuló ninguna objeción contra el mismo, y por tanto, la Comisión Escrutadora no hizo más que dar aplicación a lo preceptuado en el numeral 3° (sic) del artículo 163 del Código Electoral, que trae EL RECUENTO como medio de subsanar algunas irregularidades que se presenten en el momento del escrutinio. Por lo anterior, no es viable el cargo formulado por el actor".

Cabe anotar que la referencia al folio 65 que el Tribunal hace para traer a colación como respaldo probatorio la constancia pretranscrita consignada por la Comisión Escrutadora, debe entenderse referida no al cuaderno No. 1 sino al cuaderno No. 2 donde sí aparece la copia del acta autenticada con el alcance probatorio que se le otorga al documento público cuando está autorizado por el funcionario competente, exigencia que no llena la copia del acta que milita en el cuaderno No. 1.

Con aquella fotocopia del Acta de Escrutinio queda, pues, establecido que los ejemplares que tuvieron como destino el arca triclave y el Registrador del Estado Civil no fueron firmados por ninguno de los jurados de votación y que se realizó recuento de votos que era procedente de conformidad con el inciso final del artículo 163 del C.E.

En verdad, lo argüido por el Tribunal para rechazar el cargo es atendible: de la lectura de los artículos 163 y 192-3 del C.E., se colige la eventual conexión o concordancia que puede darse entre las dos disposiciones, toda vez que, si funcionarios administrativos electorales –Registrador y Comisión Escrutora– detectan y verifican que las actas no están firmadas por el número de jurados que la ley exige, procederá el recuento oficioso de votos, que fue lo que ocurrió en el caso sub judice, como está acreditado en la actuación procesal y en lo que se basó con acierto al a-quo.

En síntesis, la causal de reclamación 3a del artículo 192 del C.E. se proyecta hacia la sede jurisdiccional cuando se la invoque como causal de nulidad con arreglo a las voces del artículo 223 del C.C.A., siempre y cuando la irregularidad allí contemplada no haya sido purgada mediante el procedimiento de recuento de votos previsto en el artículo 163 de aquél estatuto. Este texto guarda armonía con el numeral 5° del artículo 1°., ibídem, el cual consagra el principio de la eficacia del voto que es norma rectora para la interpretación de las demás reglas electorales. Sabia previsión ésta del legislador cuya aplicación se orienta a superar o corregir errores o vicios de procedimiento que no adulteren la verdad de las urnas y que permite, además,

configurar, con las constancias que los escrutadores dejen en las actas, los elementos de juicio necesarios para la aplicación posterior de otras normas electorales que se enderezan a garantizar la pureza del sufragio.

Pretender la inaplicabilidad de su eficacia correctiva expresada en el inciso final de la norma, que es lo que tácitamente persigue el recurrente, es, entonces, propósito desacertado dado los alcances y efectos de la disposición comentada.

Debe observarse que en el evento de ejercitarse la respectiva acción, ésta podría tener eficacia o prosperidad sólo en la medida en que no se encuentre acreditado que siquiera uno de los cuatro ejemplares ha sido suscrito por no menos de tres de los jurados de votación, como lo tiene reiteradamente sentado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por tanto, este primer cargo está bien denegado y la apelación no está llamada a prosperar.

4. Con relación al segundo cargo el demandante-apelante, como ya se ha expresado, sostiene que la Mesa No. 01 correspondiente al corregimiento de Ricaurte, fue asignada al corregimiento de San Faustino y allí funcionó, es decir, hubo votantes inscritos en Ricaurte que ejercieron el derecho al sufragio en sitios diferentes al legalmente asignado, violándose con ello la disposición contenida en el ordinal 1º del artículo 192 del C.E.

Ningún elemento de convicción aporta el actor para demostrar la veracidad de sus afirmaciones. Presumiblemente, como lo anota el Tribunal en la sentencia, el demandante está simplemente prevalido de la constancia que registra el acta de escrutinio correspondiente a la Mesa No. 1 del corregimiento de San Faustino (folio 67 del cuaderno No. 1) para deducir de allí que ciudadanos inscritos en el corregimiento de Ricaurte lo hicieron en el de San Faustino. Nada más equivocado. Lo que simplemente ocurrió es lo que señala la constancia, o sea: que la lista de candidatos para la Asamblea Departamental se encontró en un formato que correspondía al corregimiento de Ricaurte. De suerte que del contexto de la constancia jamás puede inferirse, sin pecar contra la lógica, que en San Faustino haya funcionado mesa de votación no autorizada por la ley, y menos aún la que estaba asignada al corregimiento de Ricaurte. Empero, esta circunstancia fue considerada por el Magistrado Ponente del Tribunal como dudosa, por lo cual, en uso de la facultad conferida por el artículo 242 del C.C.A., dictó AUTO PARA MEJOR PROVEER con la finalidad de recaudar probanzas que le permitieran superar la incertidumbre. Así que mediante oficio No. 440 de octubre 9 de 1989 (folio 272, cuaderno No. 1) se dirigió a los señores delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en Cúcuta solicitándoles la infor-

mación pertinente. Uno de ellos, el doctor Iván A. Figueredo Bautista, correspondió al día siguiente la solicitud con oficio No. 1098RN comunicando que los ciudadanos inscritos en la Mesa No. 01 del corregimiento de Ricaurte, no ejercieron el derecho al voto en sitio diferente a ese, en las elecciones del 13 de marzo de 1988.

También al folio 237 del cuaderno No. 1 aparece certificación suscrita por los Registradores Especiales del Estado Civil de Cúcuta donde dan fe de que para los comicios electorales que se celebraron el 13 de marzo de 1988, en el corregimiento de Ricaurte funcionó una mesa y en San Faustino dos.

Los anteriores documentos reposan en original, son públicos y no han sido tachados de falsos, por lo que tienen el alcance probatorio previsto en el artículo 264 del C. de P.C., es decir, que hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones hechas por los funcionarios que los autorizan.

Estos razonamientos son suficientes para aceptar como atinada la decisión del Tribunal al desechar este segundo cargo.

5. La no prosperidad de los cargos exime a la Sala de estudiar la incidencia que éstos podrián tener en el "sistema electoral". Ello no empece para que la Sala se permita recordar el criterio que ha sentado de manera reiterada sobre el alcance de lo que aquél significa frente a la expresión "cuociente electoral". Ha entendido la Sala por "sistema electoral" el conjunto de normas constitucionales y legales –sustantivas y adjetivas– que, a partir del postulado democrático de la representación popular, determina unos principios, una manera de escogencia de los gobernantes, unos procedimientos para ello, en procura, en referencia a nuestra legislación, de la representación proporcional de los partidos, mediante el llamado cuociente electoral y la mayoría absoluta, según el caso. Y por "cuociente electoral" el medio de garantizar la representación proporcional de los movimientos y partidos políticos cuando se vota por dos o más personas para cargos de elección directa o indirecta. O sea, que el "sistema electoral" es el todo y el "cuociente electoral" una parte de aquél (providencia de 12 de abril de 1989, actores: EFRAIN VALENCIA CASTILLO y OTRO, Consejero Ponente: Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, Expediente No. 0276) y (providencia de 9 de agosto de 1989, actor: JAVIER FACIOLINCE CAMARGO, Consejero Ponente: Dr. JORGE PENEN DELTIEURE, Expediente No. 0311).

Las precedentes consideraciones conducen a la conclusión de que el recurso objeto de examen no tiene vocación de prosperidad y, por ende, la sentencia recurrida habrá de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, 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:**

PRIMERO. Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander de fecha 20 de octubre de 1989.

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.

*Euclides Londoño Cardona*, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

*Octavio Galindo Carrillo*, Secretario.

*REITERACION JURISPRUDENCIAL: Providencia de abril 12/89, Actores: Efraín Valencia Castillo y otro, Ponente Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, Exp. 0276 y providencia de agosto 9/89, actor: Javier Faciolince Camargo, Ponente Dr. JORGE PENEN DELTIEURE, Exp. 311.*

**NULIDAD ELECTORAL/ SISTEMA ELECTORAL/ CUOCIENTE ELECTORAL**

**Cualquier vicio o irregularidad que se dé en el proceso electoral, no puede llegar a configurar la causal de "violación del sistema electoral" –hoy "violación del sistema del cuociente electoral"–; para que se configure la precitada causal de nulidad electoral, es menester que se hayan computado los votos emitidos en una elección, en donde se trate de elegir a dos o más personas, por un procedimiento diferente al determinado en la Constitución o en la ley, o sea el del cuociente electoral, en el cual el cuociente será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos a proveer, o por tres cuando se trate de la elección de sólo dos individuos.**

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-* Sección Quinta.- Bogotá, D.E., catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente 0347. Recurso de apelación ejercitado contra la sentencia de octubre 2 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en relación con la acción electoral encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de los actos por medio de los cuales se declararon electos los representantes de los profesores ante el Consejo Superior y los Consejos de Facultad de la Universidad de Cartagena. Actor: RUDERICO TRUJILLO PRINS.

Conoce la Sala del recurso de apelación ejercitado por el señor apoderado del actor, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar

con fecha dos (2) de octubre de 1989, dentro de la acción contenciosa electoral encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se declararon electos los representantes de los profesores ante el Consejo Superior y los Consejos de Facultad de la Universidad de Cartagena, y, además, se declaró un empate en la elección para escoger al representante de los profesores ante el Consejo de la Facultad de Química y Farmacia.

En la precitada sentencia se declararon no probadas las excepciones propuestas por el señor apoderado del representante legal de la Universidad de Cartagena y se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. *La acción y su fundamento*. Considera la parte actora que se incurrió en la causal de nulidad electoral prevista en el numeral 4° del artículo 223 –no especifica de qué ley o código–; art. 65 de la Ley 96 de 1985, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 5° literal f) y 8° de la Ley 57 de 1985, 330 y 333, literal f) del Decreto Ley 1222 de 1986, 9° literal e), 18, literal k) y 29, literal d), del Decreto Departamental 166 de 1983, por cuanto las Resoluciones 929 y 952 de 1987 proferidas por el señor Rector de la Universidad de Cartagena, por medio de las cuales se reglamenta y convoca a elecciones para representantes de los profesores ante el Consejo Superior y Consejos de las diversas facultades de la Universidad, no habían entrado a regir o surtir sus efectos jurídicos para el día 10 de diciembre de 1987 –fecha en que se efectuaron las elecciones demandadas–, en razón de su falta de publicación en el órgano oficial de divulgación de los actos del orden departamental, o sea, la Gaceta Departamental, en el cual deben serlo por mandato expreso de la precitada Ley 57 de 1985.

Por ello –concluye el actor– se incurrió en la causal de nulidad consistente en haberse computado los votos emitidos en la respectiva elección con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República (numeral 4°, art. 223 C.C.A., subrogado por el art. 65 de la Ley 96 de 1985).

II. *Los fundamentos de la sentencia recurrida*. El *a-quo* declaró no probadas las excepciones de "falta de jurisdicción" y de "Inaplicabilidad de las normas que se dicen violadas en la demanda", propuestas por el señor apoderado del representante legal de la Universidad de Cartagena, y denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos, que se sintetizan:

1. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los Tribunales Administrativos Seccionales, conoce en primera instancia de los procesos de nulidad "de las elecciones de diputados a las asambleas, miembros de los

Concejos Municipales o Distritales, así como de los que se suscitan con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por estas corporaciones o por cualquier autoridad, funcionario u organismo administrativo del orden departamental" (art. 132, num. 4° del C.C.A., subrogado por el art. 2° del Decreto Ley 597 de 1988), y la Universidad de Cartagena, ente descentralizado del orden departamental en donde las elecciones se efectuaron, es, por consiguiente, *un organismo administrativo* de dicho orden, por lo cual sus actos de elección son administrativos, y como tales, demandables ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por lo tanto, no prospera la excepción de falta de jurisdicción.

2. En cuanto a la segunda excepción propuesta, o sea, la consistente en la inaplicabilidad de las normas que se dicen violadas, se tiene que este estudio debe hacerse en el momento de resolver en el fondo el proceso.

3. Finalmente, en lo que hace a la excepción de "inepta demanda", propuesta por el señor agente del Ministerio Público ante esa Corporación, por considerar que la parte actora no había explicado suficientemente el concepto de la violación, el Tribunal considera que el no explicar suficientemente el concpeto de la violación puede traer como consecuencia la no prosperidad de la acción, ya que ella está condicionada a la cita que haga el actor y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga, pero no puede dar lugar, ni a inadmitir la demanda, ni a dejar de estudiar el fondo del asunto.

4. Finalmente, entrando al fondo del asunto debatido, el *a-quo* llega a la conclusión de que deben negarse las pretensiones de la demanda, en razón:

a) El demandante no explica el por qué se incurrió en la causal de nulidad que consagraba el numeral 4° del artículo 223 del C.C.A., subrogado por el 65 de la Ley 96 de 1985, y por tratarse de una jurisdicción rogada, y no oficiosa, el juez contencioso administrativo no puede entrar a hacer consideraciones por su cuenta, ya que está limitado al marco que le fue expuesto en la demanda.

b) En cuanto a la violación de las normas indicadas de la ley 57 de 1985, por no haber sido publicadas en la Gaceta Departamental las resoluciones de la Rectoría de la Universidad de Cartagena, por medio de las cuales se reglamentaron y se citó a elección de los representantes del estamento profesoral en los organismos de dirección universitaria, lo que realmente aparece demostrado, observa que dichas resoluciones no fueron atacadas en su momento en ejercicio de la acción de nulidad, ni se solicitó la nulidad de las mismas en la acción electoral, ni se alegó que dicha nulidad se está tramitando en proceso diferente, ni puede el Tribunal pronunciarse en este proceso electoral sobre si las resoluciones expedidas por la Rectoría de la

UniversidaddeCartagenaestabanvigentesonoenelmomentoenquesellevaron a cabo las elecciones demandadas con fundamento en las normas que se citan comovioladas.

III. *El fundamento de la apelación ejercitada por la parte actora.* El demandante al ejercitar el recurso de apelación, lo sustenta en los siguientes términos:

a) La causal de nulidad invocada, consagrada en el numeral 4° del art. 223 del C.C.A., es una causal genérica de nulidad que se refiere, según el Consejo de Estado, a las violaciones que quebrantan el sistema mismo, en sus elementos esenciales, sus líneas cardinales, sus preceptos fundamentales.

b) Cuando la disposición precitada nos habla de violación del "sistema electoral adoptado en la Constitución Política y LEYES de la República", debemos entender el término LEYES en sentido material, pues de no ser así muchas elecciones efectuadas por corporaciones de los órdenes a que se refiere el art. 132 del C.C.A., no podrían ser demandadas ante la jurisdicción, si se tiene en cuenta que en la gran mayoría de los casos, tales elecciones, están reguladas en lo fundamental, en lo sustancial, por ordenamientos jurídicos tales como Ordenanzas, Acuerdos, Decretos, y Resoluciones que no son ley en sentido formal, pero sí elementos esenciales, preceptos fundamentales para la realización de esas elecciones, al punto que su desconocimiento o inexistencia hace imposible la respectiva elección. En este caso, tan cierto es lo anterior que si el Rector de la Universidad de Cartagena no dicta, para cada oportunidad, las resoluciones que regulan estas elecciones, ellas no podrían efectuarse.

c) Mediante las Resoluciones Nos. 929 y 952 de 1987, proferidas por la Rectoría de la Universidad de Cartagena se reglamentó las elecciones de representantes de los profesores de aquélla al Consejo Superior y a los Consejos de sus diversas facultades y se convocó a ellas, pero aconteció que aquéllas no fueron publicadas en debida forma en la Gaceta del Departamento, como lo ordena la ley, razón por la cual los votos emitidos en esas elecciones fueron computados, es decir, tenidos en cuenta con violación del sistema electoral o reglamentación aplicable en esa institución, y por ello deben anularse.

d) El *a-quo* no entendió el planteamiento, y por ello se limitó a manifestar en relación con la causal de nulidad invocada, que el actor no explicó la razón o fundamento de su acusación.

En síntesis: los votos emitidos en las elecciones demandadas, se hicieron sin sujeción a ningún sistema electoral adoptado por las leyes de la República y los reglamentos de la Universidad de Cartagena, pues las resoluciones de la

Rectoría de ésta no regían, no eran obligatorios, en razón de su falta de publicación, según lo ordenado en la Ley 57 de 1985 y el Decreto Ley 1222 de 1986.

Esas resoluciones, por lo demás, dice el recurrente, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, no eran anulables por falta de publicación, sino que simplemente no regían, y por ello es inadmisible la argumentación del a-quo sobre el hecho de no haberse ejercitado la acción de nulidad contra ellas, ni haberse solicitado la nulidad de las mismas en la presente acción electoral.

IV. *El concepto del señor agente del Ministerio Público ante esta Corporación*. La Fiscalía del Consejo, en primer término, manifiesta no compartir el criterio expuesto por el señor apoderado del representante legal de la Universidad de Cartagena, para fundamentar en él la excepción de "falta de jurisdicción", pues realmente la competencia para conocer de la controversia está radicada en ésta jurisdicción, según lo dispuesto en el numeral 4°, del artículo 132 del C.C.A. Por ello, coincide con lo expresado por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

En segundo lugar, la agencia fiscal se refiere a la segunda excepción propuesta por el mismo apoderado, o sea, la de ineptitud sustantiva de la demanda, para expresar que ella se encuentra configurada, y así debe ser declarada por la Sala, en razón de que el actor no expresó en su libelo las consideraciones pertinentes sobre el eventual quebrantamiento de las disposiciones que invocó como violadas, cuestión que no puede suplir el juez administrativo por ser esta jurisdicción rogada.

Y, en cuanto respecta a las resoluciones de la Rectoría de la Universidad de Cartagena, expresa que está de acuerdo con el *a-quo* cuando dice que esos actos no fueron demandados en el presente proceso, y por consiguiente, no son objeto de litigio.

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia que decida el recurso de apelación ejercitado, previas las siguientes

## CONSIDERACIONES:

1. La Sala limitará su análisis y decisión exclusivamente en lo que toca a los considerandos expresados por el *a-quo* como fundamento para denegar las pretensiones de la demanda, y los expuestos, a su turno, por el actor con motivo de la interposición y sustentación del recurso de apelación que ejercitara contra la sentencia de primera instancia, por cuanto, ni el señor apoderado especial del representante legal de la Universidad de Cartagena, ni el señor Fiscal del Tribunal

Administrativo de Bolívar, recurrieron la decisión de declarar no probadas las excepciones propuestas por ellos, lo que indica que pudieron estar conformes con el pronunciamiento judicial, y en esas condiciones la Sala no tiene competencia para tomar una decisión sobre el particular, como ha tenido oportunidad de expresarlo en reiteradas ocasiones.

2. En cuanto hace relación a la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta por el señor Fiscal Octavo de esta Corporación al rendir su concepto de ley, con fundamento en el hecho de no haber expresado el actor en su demanda el "concepto de la violación" de las normas indicadas en la misma, la Sala no encuentra que realmente la excepción aparezca configurada.

En efecto, aun cuando la demanda, desde ese punto de vista, es un poco confusa, interpretándola –como debe hacerlo todo juez en orden a hacer un pronunciamiento de fondo– no se necesita de mayores esfuerzos y elucubraciones científicas y jurídicas, para llegar a la convicción y conclusión de que el accionante lo que considera, es que se dió la causal 4a., del art. 223 –art. 65 de la Ley 96 de 1985, que regía en ese entonces– del C.C.A., consistente en haberse computado los votos emitidos en las elecciones demandadas con violación del "sistema electoral" adoptado en la Constitución y Leyes de la República, que para el caso presente no eran otras que las resoluciones de la Rectoría de la Universidad de Cartagena, por las cuales se reglamentó y convocó a elección de representantes de los profesores en sus organismos de dirección, en razón de que dichos actos administrativos no habían sido publicados en el periódico oficial del Departamento del cual forma parte el establecimiento público en donde las elecciones se realizaron, y, por consiguiente, no regían, no obligaban, según las disposiciones contenidas en la Ley 57 de 1985 y el Decreto 1222 de 1986.

Por ello, la Sala debe llegar a la conclusión y decisión de que no se encuentra probada la excepción propuesta por su Fiscal colaborador.

3. La violación del "sistema electoral" de que hablaba el numeral 4° del art. 65 de la Ley 96 de 1985 –art. 223 del C.C.A.–, hoy subrogado por el art. 17 de la Ley 62 de 1988.

La Sala se permite recordar, una vez más, lo que significa, según su entender, la expresión "sistema electoral", que antitécnicamente utilizaba la legislación anterior a la Ley 62 de 1988, que la cambió por la de "sistema del cuociente electoral", que sin ser del todo rigurosamente técnica- jurídica por cuanto el sistema, es decir, el todo, es el de la "representación proporcional" de los partidos y grupos políticos, siendo el "cuociente electoral", uno de los modos o medios de garantizar la observancia y aplicación de dicho sistema,

constituyó un avance de nuestra legislación electoral. Ha entendido la Sala por "sistema electoral", el conjunto de normas constitucionales y legales –sustantivas y adjetivas– que, a partir del postulado democrático de la representación popular, determina unos principios, una manera de escogencia de los gobernantes, unos procedimientos para ello, en procura, en referencia a nuestra legislación, de la representación proporcional de los partidos, mediante el llamado cuociente electoral y la mayoría absoluta, según el caso. Y por cuociente electoral, el medio de garantizar la representación proporcional de los movimientos y partidos políticos cuando se vota por dos o más personas para cargos de elección directa o indirecta (sentencias de abril 12 de 1989, actor Efraín Valencia Castillo y otro, Consejero Ponente Miguel González Rodríguez y de marzo 9 del presente año, actor Ernesto Collazos Serrano, Ponente Dr. Euclides Londoño Cardona, y providencia de 9 de agosto de 1989, actor Javier Faciolince Camargo, Ponente Dr. Jorge Penén Deltieure).

De acuerdo con lo anterior, la Sala ha llegado a la conclusión de que cualquier vicio o irregularidad que se dé en el proceso electoral, no puede llegar a configurar la causal de "violación del sistema electoral" –hoy "violación del sistema del cuociente electoral–, como en alguna época lo entendió esta Corporación a través de su extinguida Sala Contenciosa Electoral; para que se configure la precitada causal de nulidad electoral, es menester que se hayan computado los votos emitidos en una elección, en donde se trate de elegir a dos o más personas, por un procedimiento diferente al determinado en la Constitución o en la ley, o sea el del cuociente electoral, en el cual el cuociente "será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos a proveer", o por tres cuando se trate de la elección de sólo dos individuos (art. 172 de la Const. Política).

Nada de ello aconteció en el caso hoy sometido a la consideración de la Sala, ni así se ha alegado por el accionante; simplemente se considera que el hecho de no haberse publicado en la Gaceta Departamental de Bolívar, los actos administrativos por medio de los cuales se reglamentó y convocó la elección o elecciones, los que, por consiguiente, no regían en el momento de las elecciones, configura o estructura la alegada causal de nulidad consagrada en el numeral $4^{0}$ del art. 223 del C.C.A.

Para la Sala, de acuerdo con lo antes expresado, dicho hecho o circunstancia no configura la causal de nulidad electoral, erróneamente escogida y señalada como fundamento de la pretensión de nulidad de los actos electorales, aun cuando es incontrovertible que los actos de reglamentación y convocatoria de la elección no regían, ni eran, por consiguiente, obligatorios en el momento de los hechos, en razón de su falta de publicación.

Esos actos administrativos, por lo demás, como bien lo observa el recurrente recordándole al *a-quo* la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular, no son nulos, ni susceptibles de ser demandados por ello, en razón de su falta de publicación. Y por ello, tiene razón el apelante cuando alega que el Tribunal Administrativo no podía exigir o pretender que se accionara contra ellos en un proceso de nulidad diferente al que nos ocupa, o en el presente, razón por la cual la sentencia no puede fundamentarse en dichas consideraciones.

La consideración fundamental será, entonces, la de que el hecho invocado, es decir, la falta de obligatoriedad y vigencia de los actos administrativos que reglamentaron y convocaron las elecciones demandadas, no configura la causal de nulidad invocada, o sea, la de haberse computado los votos emitidos con "violación del sistema electoral". Podría ese hecho, llegar a configurar alguna otra causal de las que, hasta la vigencia de la Ley 62 de 1988, eran no sólo causales de reclamación o impugnación, sino igualmente causales de nulidad según el numeral 6° del art. 65 de la Ley 96 de 1985; empero, como esta jurisdicción es esencialmente rogada, la Sala no puede entrar en su análisis, para llegar a una conclusión diferente a la que llegó al *a-quo*.

En consecuencia, la sentencia apelada deberá ser confirmada, pero teniendo en cuenta consideraciones diferentes a las expuestas en ella por el *a-quo*.

Finalmente, la Sala no quiere dejar de observar que la Ley electoral y procesal contencioso-administrativa, siempre ha querido que los juicios de esta naturaleza se decidan prontamente; que la sentencia no coincida con la expiración de los períodos constitucionales o legales de los elegidos o nombrados, como acontece en el presente caso, por la demora inexplicable del *a-quo* en la tramitación del proceso, la concesión del recurso de apelación y la remisión del juicio a esta Corporación. Y, por ello, se permite comedidamente llamar la atención al Tribunal.

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 en desacuerdo con él,

**FALLA:**

1. CONFIRMASE el numeral segundo (2o) de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, con fecha octubre dos (2) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda electoral promovida por el señor Ruderico Trujillo Prins, dentro del proceso de la referencia.

2. Envíese copia de la presente sentencia a la Procuraduría Regional de Cartagena, para efectos de que investigue la eventual mora en la tramitación y decisión del proceso.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

*Euclides Londoño Cardona*, Presidente; *Miguel González Rodríguez*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Jorge Penén Deltieure*.

*Octavio Galindo Carrillo*, Secretario.

# CONSEJO DE ESTADO

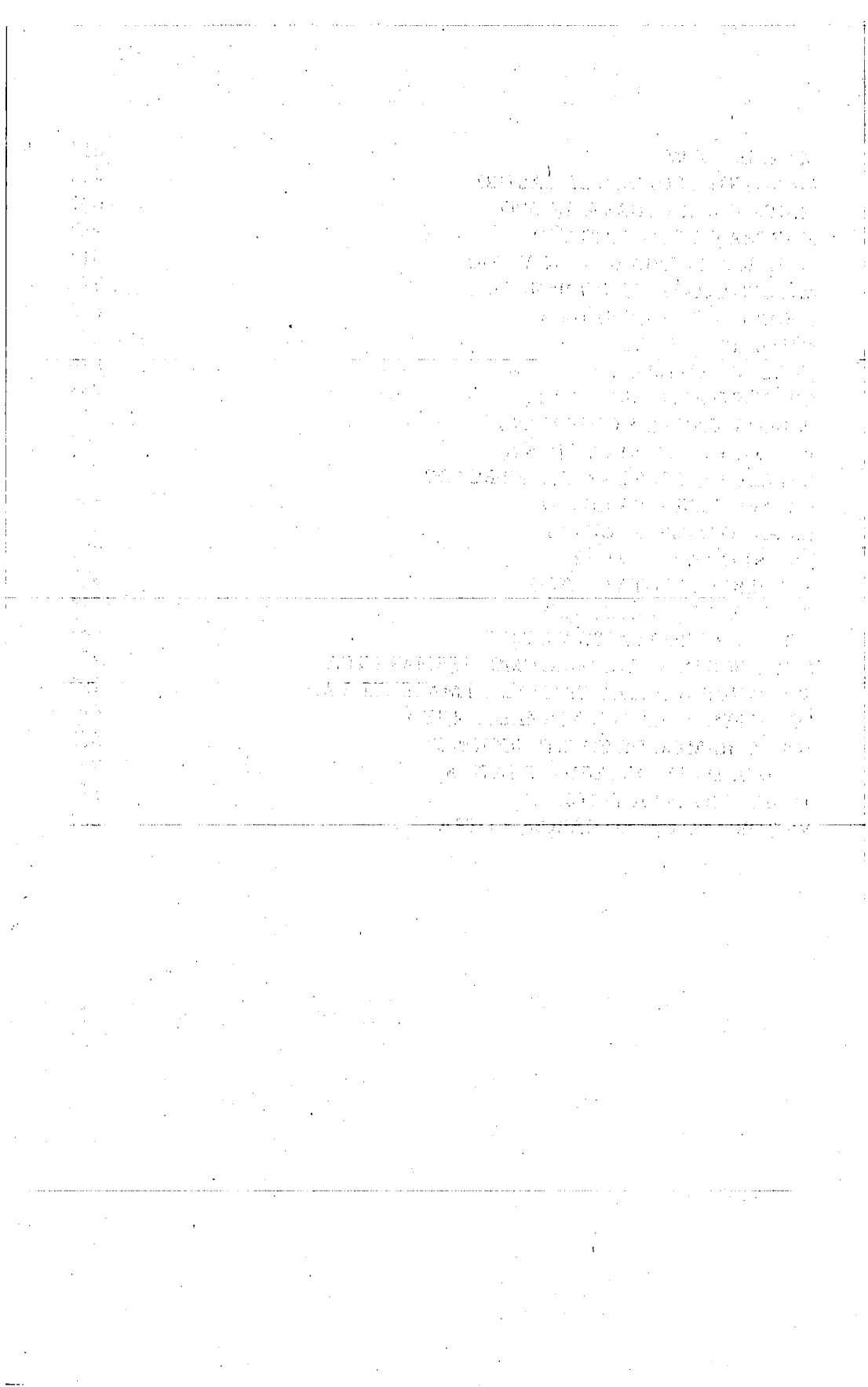
# INDICE ALFABETICO

# DE ACTORES

| | PAG. |
|---|---|
| ALEJANDRO SARAVIA ROMERO | 328 |
| ALMACEN ALGELVI LTDA | 949, 959 |
| BANCO GANADERO | 923, 935 |
| BAYER QUIMICAS UNIDAS S.A. | 31, 44, 46 |
| BEATRIZ GIRALDO DE NEISSA Y OTRO | 53, 70 |
| BERNARDO CARREÑO VARELA | 650 |
| CARMEN ELISA APARICIO DE ARANGO | 885, 895 |
| CATALINA KLINGER DE URRIOLA | 727, 741 |
| CENTRAL LECHERA DEL QUINDIO | 828 |
| CESAR HOYOS SALAZAR | 967 |
| COMERCIAL PRADA MORALES Y CIA LTDA | 960 |
| COMERCIAL URANO LTDA Y CIA | 897 |
| COMITE CENTRAL DE EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GAS Y OTROS | 372 |
| CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA | 396 |
| CORPORANONIMAS | 838 |
| CRECER S.A. | 900 |
| DANIEL E. RONDEROS TOBON | 82 |
| DANIEL SUAREZ HERNANDEZ Y OTRO | 817 |
| DARIO RODRIGUEZ JAUREGUI | 222 |
| DARIO DE JESUS RODAS BETANCUR | 418 |
| DIEGO ROJAS GIRON | 209 |
| EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN | 914 |
| ERNESTO COLLAZOS SERRANO | 997 |
| FLOTA AYACUCHO S.A. | 942 |
| FONDO DE ASISTENCIA SOCIAL DE LOS EMPLEADOS DE LA UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE PEREIRA (FASUT) Y ASPU | 304 |

FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO 572
FONDOROTATORIO DEPTAL.VALORIZ. DEL ATLANTICO 919
GLORIA ALEA DE CORDOBA 466
GUILLERMO ANTONIO URIBE PELAEZ 432
GUILLERMO NEISSA ROSAS Y/O 53, 70, 72
HECTOR O. LOPEZ CONDE 809, 813
HECTOR RODRIGUEZ 203
HERNAN AUGUSTO ZAPATA HENAO 516
IGNACIO CASTILLA CASTILLA 462
IGNACIO ESCOBAR URIBE 873
INCORA 703
ISIDORO JOSE CASTILLA NAVARRO 476, 505, 510
JAIME ALFONSO JIMENEZ 512, 528
JAIME GONZALEZ MORENO 795
JAIME KAPLAN Z. 853
JAIME PUMAREJO CERTAIN 11, 25, 763, 769
JAIME SANCLEMENTE SANCHEZ 699
JAIRO JULIO CASALLAS ROBAYO 554
JESUS EMILIO GOMEZ JARAMILLO 47
JORGE ENRIQUE CASTRO OLIVEROS 537
JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY 259
JORGE HUMBERTO BOTERO ANGULO 343
JOSE ANTONIO PEDRAZA PICON 446
JOSE GONZALO OTALORA CARO 215
JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA 264
JOSE ISMAEL LEON LEON 121, 133
JOSE MARIA DEL CASTILLO ABELLA 743, 748
JOSEFINA RUEDA VDA DE ROBLES 677
JUAN A. CARRIZOSA TOVAR 862
JUAN CLAUDIO MORALES GONZALEZ 199
JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO 112, 119
JUAN N. GOMEZ CIFUENTES Y/O 708, 723, 725
LAUREANO ROSERO RUALES Y OTRO 112
LEONARDO POLO SILGUERO 90, 96, 98, 99, 100, 102, 104
LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA 771, 779
LUIS ALBERTO CIFUENTES LINDARTE 781
LUIS ALBERTO VALENCIA PEREA 76
LUIS ARTURO ZULOAGA TORO 521
LUIS EDUARDO GOMEZ GALLEGO 252
LUIS ENRIQUE JAIMES RUIZ 623
LUIS JAIRO MORENO ALFONSO 546
LUIS MARINO DUQUE GOMEZ 244

MANUEL DIAZ 614
MARGARITA ROLDAN DE CASTRO 413
MARIA ENELIA CHAVARRO Y/O 607
MARTHA CECILIA CASTAÑO 987
MAURICIO SARRIA BARRAGAN Y/O 817
MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ 274
MIGUEL ANGEL CONTRERAS 635
MUNICIPIO DE CALI 846, 851
NEGOCIOS SEYMA LTDA Y CIA 876
ORLANDO ALFONSO PAEZ L. 868
PABLO J. CACERES CORRALES 323, 334
PETER SANTAMARIA Y CIA S.A. 598
RAFAEL DE JESUS BARBOSA MERCADO 427
RAFAEL OSPINA BARREIRO 404
RICARDO DIAZ CARDENAS 441
RICARDO TAPIAS LOPEZ 992
ROGELIO PIMIENTA CASTRO 977
RUDERICO TRUJILLO PRINS 1016
SERAFIN CERON LASSO Y OTROS 689
SERVICIOS DE BOTES MARITIMOS SERMAR LTDA 231
SOC. ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S.A. 297
SOC. APEL. APLICACIONES ELECT. LTDA 696
SOC. SURAMER. DE CONSTRUCCIONES 563
SOCIEDAD CIA. DE SEGUROS PATRIA 751
TRANSPORTES LA VELOZ Y/O 398
VICTORIANO GALLO GARCIA Y OTRA 281



# INDICES TEMATICOS

# SALA PLENA

## A


ACCION (Aclaración de voto) 70, 73
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 53


## C


CARGO DE CARRERA 82
CARRERA ADMINISTRATIVA 82
CESION DE CREDITOS 30
CESION DE CREDITOS (Salvamento de voto) 44
COMPENSACION 30
COMPENSACION (Salvamento de voto) 44
COMPETENCIA 11, 76
COMPETENCIA - Naturaleza (Aclaración de voto) 96


## D


DECLARACION TRIBUTARIA - Extemporaneidad 30
DECRETO EJECUTIVO (Aclaración de voto) 119

DECRETO LEGISLATIVO (Aclaración de voto) 119
DECRETO REGLAMENTARIO (Aclaración de voto) 119

## F

FALLO INHIBITORIO (Aclaración de voto) 100
FALLO INHIBITORIO - Improcedencia (Aclaración de voto) 96
FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL 121
FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL (Salvamento de voto) 127

## I

INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES 53

## J

JUICIO DE IMPUESTOS 30
JUICIO DE IMPUESTOS (Salvamento de voto) 44

## L

LOCUCION 112

## P

PAGO PREVIO 30
PRETENSION (Aclaración de voto) 70, 73
PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA 76
PRINCIPIO DE PERPETUATIO - JURISDICCIONIS 76

## R

RECONSTRUCCION DE PROCESOS - Requisitos 47
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Trámite 11

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Trámite (Salvamento de voto) 20, 25

RECURSOS EXTRAORDINARIOS - Trámite (Salvamento de voto) 25

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Técnica 82, 90

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION (Aclaración de voto) 96, 100

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA 112

RECURSO DE QUEJA 11

RECURSOS ORDINARIOS - Trámite (Salvamento de voto) 25

## S

SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO 11

## T

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS 73

TRANSITO DE LEGISLACION 76

## V

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento 30

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento (Salvamento de voto) 44

# SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

## A

AREA METROPOLITANA - Facultades 175

ASIGNACION BASICA 181

## C


CADUCIDAD DEL CONTRATO 189
CAMARA DE COMERCIO - Control 166
COMPETENCIA 166
CONTRALORIA GENERAL - Funciones 160
CONTRATO ADICIONAL 189
CONTRATISTA - Inhabilidades 189
CONTRIBUCION DE VALORIZACION 175
CONTROL FISCAL 160
CONVENCION COLECTIVA 169


## D


DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL 150
DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA - Régimen contractual 143


## E


ENTIDADES DESCENTRALIZADAS 160
ESTABLECIMIENTO PUBLICO 157


## F


FACTOR SALARIAL 181
FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS - Improcedencia 143


## I


ICT - Facultades 157


## J


JORNADA NOCTURNA - Recargo 181

JUNTA SECCIONAL DE ESCALAFON - Funciones 193
JURISDICCION COACTIVA - Funcionario ejecutor 157

## M

MINISTERIO DE TRABAJO - Funciones 150

## P

PERSONAL DOCENTE 193
PERSONERIA JURIDICA 150

## R

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO - Improcedencia 166

## S

SANCION DISCIPLINARIA 193
SINDICATO DE BASE 150
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO 166

## V

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento 193

## Z

ZONAS FRANCAS 169
ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL
DE BARRANQUILLA - Régimen laboral 169

# SECCION PRIMERA

## A


ACTO ADMISORIO DE LA DEMANDA - Notificación 323
ACTO JURISDICCIONAL 231, 404
ACTO REGLA 323
ALCALDE 203
ANIMO DE LUCRO 371
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones 252
AUTORIDAD DE TRANSITO 334
AUTORIDAD DE TRANSPORTE 334


## C


CAPITANIA DE PUERTO 231
COADYUVANCIA 323
COLPUERTOS 343
COMITES - Creación 371
COMPETENCIA 231, 343
COMPETENCIA POR CUANTIA 398
CONSEJO DE ESTADO 231
CONTRALOR DEPARTAMENTAL 252
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL 252
CLUBES 215
CLUB MILITAR 215


## D


DELEGACION DE FUNCIONES 264
DEMANDA - Requisitos 297
DEPOSITO FRANCO 274
DERECHO A LA LIBERTAD 215

DESCONCENTRACION DE FUNCIONES 209

## E

EDUCACION SUPERIOR - Vigilancia 222
ESTATUTO TARIFARIO 343
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 302

## F

FACULTAD LEGISLATIVA - Extralimitación 203
FUNDAMENTOS DE DERECHO 297

## I

IMPORTACION TEMPORAL DE MERCANCIAS 244
INTRA - Competencia 334

## J

JUICIO CIVIL DE POLICIA 231
JUICIO PENAL DE POLICIA - Inexistencia 281
JURISDICCION 231

## L

LEGITIMACION PROCESAL 396

## M

MINISTERIO DE MINAS - Facultades 371
MINISTRO DELEGATARIO 264

## N


NOTIFICACION PRESUNTA 199
NULIDAD PROCESAL 398


## P


PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO 302
PLACA - Suministro 334
PODER ESPECIAL 396
POTESTAD REGLAMENTARIA 259
POTESTAD REGLAMENTARIA - Exceso 244
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites 328
POTESTAD REGLAMENTARIA - Titularidad 372
PRINCIPIO DE ECONOMIA 372
PRINCIPIO DE EFICACIA 372


## R


RECURSO DE APELACION - Objeto 302
REGIMEN ADUANERO 244
REGIMEN PRESTACIONAL 302
REGISTRO MERCANTIL 259
REGLAMENTO CONSTITUCIONAL 222


## S


SANCION DISCIPLINARIA - Naturaleza 404
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia 209, 334


## T


TARIFA PORTUARIA 343
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 398

TRIBUNAL DISCIPLINARIO 404

## U

UNICA INSTANCIA 231

# SECCION SEGUNDA

## A

ABANDONO DEL CARGO 546
ACCION DE NULIDAD 441

## C

CALIFICACION DE SERVICIOS 512, 516, 528
CARRERA DE LAS FISCALIAS 512, 516, 528
CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR - Calificación 445
CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR - Funcionarios 445, 446
CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR - Período de prueba 445
CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR - Provisión de cargos 445
CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA DE LAS FISCALIAS - Administración 512, 528
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO 441
CONTENCIOSO OBJETIVO PROPIO 441

## D

DEMANDA - Inadmisión 441
DESTITUCION 554
DESVIACION DE PODER - Bajo rendimiento 418

## F


FALSA MOTIVACION 427

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL 476

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL
(Salvamento de voto) 505, 510


## I


INSUBSISTENCIA - Procedencia 413

INSUBSISTENCIA 418, 445, 521


## 0


OBJETIVO PROPIO


## P


PENSION DE JUBILACION - Reajuste 537

PERSONAL MILITAR 466

PERSONAL MILITAR - Retiro 432

PROCESO DISCIPLINARIO 521, 554

PROCESO DISCIPLINARIO - Descargos 446

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Funciones 512, 528

PRUEBA RECOBRADA 521

PRUEBAS RECOBRADAS 521


## R


RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION 521

RENUNCIA 427, 546

## S

SUSPENSION DEL CARGO - Efectos 466
SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios 462

# SECCION TERCERA

## A

ACCION DE NULIDAD 649
ACCION DE RESTABLECCIMIENTO DEL DERECHO 598
ACCION RELATIVA A CONTRATOS 696
ACTO ADMINISTRATIVO - Ilegalidad sobreviniente 650
ACTO CONTRACTUAL 699
ACTO SEPARABLE 598

## B

BIEN BALDIO - Adjudicación 763

## C

CADUCIDAD 598, 623, 696
COMPETENCIA 703
CONSEJO DE ESTADO 703
CONSULTA 741
CONFLICTO DE JURISDICCION 635
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO 763
CONTRATO ADMINISTRATIVO 572, 598
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento 572
CONTRATO DE MANDATO 572
CONTRATO DE VOCACION HEREDITARIA 623

CONTRATOS SOBRE LOTERIAS 751
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Trámite 699
COSA JUZGADA 649
CULPA DE LA VICTIMA 614, 707
CULPA PERSONAL DEL AGENTE 607

## D

DAÑO FUTURO 677
DECAIMIENTO DEL ACTO 650
DEMANDA - Adición 795
DEMANDA - Auto inadmisorio 689
DEMANDA - Corrección 795
DEMANDA DE RECONVENCION - Procedencia 699
DERECHO DE DOMINIO - Extinción 649
DESISTIMIENTO 649

## E

ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL - Prueba (Aclaración de voto) 725
ESTADO CIVIL DEL HIJO NATURAL - Prueba (Salvamento de voto) 723
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Existencia (Salvamento de voto) 779
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Prueba de su existencia 771
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Régimen aplicable (Salvamento de voto) 779
EXPROPIACION 649, 703

## F

FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA 614
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA 707

FALLA DEL SERVICIO DEL DAS - Detención arbitraria 781

## H

HIDROCARBUROS - Distribución 743
HIDROCARBUROS - Distribución (Salvamento de voto) 748

## I

INCORA - Funciones 649

## L

LEGITIMA DEFENSA 707
LEGITIMACION PASIVA 572
LEGITIMACION PROCESAL 763

## N

NORMA DE HABILITACION (Salvamento de voto) 741
NULIDAD PROCESAL 563, 727
NULIDAD PROCESAL (Salvamento de voto) 741

## O

OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLES 635

## P

PERITOS - Designación 703
PERJUICIOS MORALES 677
PODER ESPECIAL 763
POTESTAD REGLAMENTARIA (Salvamento de voto) 748
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites 743

PRUEBAS 572

## R

RECURSOS 689, 727
RECURSOS (Salvamento de voto) 741
RESOLUCION JUDICIAL - Error (Salvamento de voto) 741
RESOLUCION JUDICIAL - Errores 727

## S

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA 771
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA (Aclaración de voto) 779
SUSPENSION PROVISIONAL 795

## T

TEORIA DEL RIESGO 614
TRANSITO DE LEGISLACION 635, 703

# SECCION CUARTA

## A

ACTO ADMINISTRATIVO 873
ACTO ADMINISTRATIVO - Exigibilidad 873
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO 885, 948
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO (Salvamento de voto) 895
ADMINISTRACION TRIBUTARIA - Funciones 876

## C


CADUCIDAD - Interrupción 809
CADUCIDAD - Interrupción (Aclaración de voto) 813
CERTIFICACION DE DEUDA POR VALORIZACION 919
COMPETENCIA 862
CORPORACION DE DERECHO PRIVADO 838
CORPORANONIMAS - Naturaleza jurídica 838


## D


DEDUCCIONES - Desconocimiento 900
DELEGACION DE FUNCIONES 948
DEMANDA 809
DERECHO DE DEFENSA 923
DERECHO DE DEFENSA (Salvamento de voto) 935


## E


ELUSION TRIBUTARIA 876
ENCAJE LEGAL 923
ENCAJE LEGAL (Salvamento de voto) 935
ENTIDAD FINANCIERA - Vigilancia 862
EXCEPCIONES 919
EXENCION ADUANERA 817


## F


FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL 868
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL 868


## I


IMPUESTO SOBRE LA RENTA 853, 900

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS 948

## J

JURISDICCION COACTIVA - Funcionario ejecutor 838, 914

## L

LEY EN EL TIEMPO 960
LIQUIDACION DE REVISION 853

## M

MANDAMIENTO DE PAGO - Improcedencia 846

## N

NULIDAD PROCESAL 846
NULIDAD PROCESAL - Trámite (Aclaración de voto) 851

## P

PERENCION DEL PROCESO 897
POLICIA ADMINISTRATIVA 862, 923
POLICIA ADMINISTRATIVA (Salvamento de voto) 935
POTESTAD REGLAMENTARIA - Exceso 817
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Improcedencia 960
PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO 828
PRUEBA CONTABLE 828, 876, 948
PUBLICACION 873

## R

RENTA GRAVABLE 876

REQUERIMIENTO ESPECIAL 853

## S

SANCION POR INEXACTITUD 948
SANCION TRIBUTARIA 942, 960
SENTENCIA INHIBITORIA - Improcedencia 942
SOCIEDADES IMBRICADAS 876
SUPERINTENDENCIA BANCARIA 862
SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Facultades 923
SUPERINTENDENCIA BANCARIA (Salvamento de voto) 935

## T

TITULO EJECUTIVO 919

## V

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento 885, 948
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento (Salvamento de voto) 895

# SECCION QUINTA

## A

ACCION ELECTORAL - Procedencia 992
ACTO COMPLEJO 967
ACTO ELECTORAL 967
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL 987

## C


CADUCIDAD 992
COMISIONES PERMANENTES 967
COMPETENCIA 987
CONCEJO MUNICIPAL - Facultades 967
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL 987
CUOCIENTE ELECTORAL 996, 1016


## N


NULIDAD ELECTORAL 996, 1016


## P


PRINCIPIO DE EFICACIA DEL VOTO 977, 996
PRINCIPIO DE REPRESENTACION PROPORCIONAL 967
PROVISION DE CARGOS 987


## R


RECUENTO DE VOTOS 996


## S


SISTEMA ELECTORAL 996, 1016